DIE

UTILIS ACTIO

AD REM VINDICANDAM

DES PFLEGLINGS.

EIN

CIVILISTISCHER VERSUCH

VON

EUGEN DREY.

INAUGURALDISSERTATION ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE IN DER JURISTISCHEN FACULTÄT DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN
KÖNIGLICHER HOF-BUCHHÄNDLER.
1882.

DIE

UTILIS ACTIO

AD REM VINDICANDAM

DES PFLEGLINGS.

EIN

CIVILISTISCHER VERSUCH

VON

EUGEN DREY.

INAUGURALDISSERTATION ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE IN DER JURISTISCHEN FACULTÄT DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN
KÖNIGLICHER HOF-BUCHHÄNDLER.
1882.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554609_0146

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Capitel.

Auslegung der in Betracht kommenden Gesetzesstellen behufs Feststellung des in denselben behandelten Falles; Besprechung nahe liegender Streitfragen.

§ 1. I. Die in Betracht kommenden Gesetzesstellen 3

II. Auslegung derselben im Einzelnen.

§ 2. 1. „si tutor vel curator" (l. 2. cit.)
„si curator" (l. 3. cit.) 4

§ 3. 2. „pecunia ejus cujus negotia administrat . . . . emerit" (l. 2. cit.)
„pecunia quae ad comparationem possessionis fuerat deposita . . . . comparavit" (l. 3. cit.) 11

§ 4. 3. „praedia in nomen suum emerit" (l. 2. cit.)
„sibi praedium comparavit" (l. 3. cit.) 12

§ 5. 4. „si tutor vel curator . . emerit" (l. 2. cit.)
„si curator . . comparavit" (l. 3. cit.) 18

§ 6. 5. Insolvenz des Pflegers? 21

§ 7. III. Festsetzung des Falles 22

II. Capitel.

Die Einführung der utilis actio ad rem vindicandam.

I. Uebersicht über die bereits bei Einführung der utilis actio ad rem vindicandam dem Pflegling in obigem Falle (§ 7) zustehenden Schutzmittel.

§ 8. 1. Persönliche Klagen 24

§ 9. 2. Das gesetzliche Specialpfandrecht des Pupillen an den mit seinem Gelde angeschafften Sachen 25

§ 10. Anhang. Das gesetzliche Generalpfandrecht des Pupillen am Vermögen des Vormundes 33

§ 11. II. Unzulänglichkeit obiger Schutzmittel 35

III. Capitel.

Rechtliche Begründung der utilis actio ad rem vindicandam.

Seite

§ 12. Einleitung 37
§ 13. 1. Die utilis actio ad rem vindicandam ist zurückzuführen auf gesetzlich erworbenes Eigenthumsrecht. (Eigenthumsansicht.) . . 39
§ 14. 2. Die utilis actio ad rem vindicandam ist zu identificiren mit der Pfandklage 44
§ 15. 3. Die utilis actio ad rem vindicandam = einem Absonderungs-Antrage im Concurs. (*Dabelow*'sche Ansicht.) 47
§ 16. 4. Die utilis actio ad rem vindicandam beruht auf fingirter Cession der Eigenthumsklage. (*Dernburg*'sche Ansicht.) 48
§ 17. 5. Die utilis actio ad rem vindicandam ist die mit einem ausserordentlichen Formelzusatze versehene Publiciana in rem actio (*Schulin*'sche Ansicht.) 51
§ 18. 6. Die utilis actio ad rem vindicandam vom Standpunkt der *Ihering*'schen „Theorie der rei vindicatio utilis" 53
§ 19. 7. Die utilis actio ad rem vindicandam hat ihren Grund in fingirtem Eigenthum 58

IV. Capitel.

Folgerungen.

§ 20. 1. Richtung der Klage; Verjährung; Vererblichkeit 63
§ 21. 2. Beweisthema bei Anstellung der Klage 67
§ 22. 3. Erfolg der Klage 68
§ 23. 4. Verhältniss der utilis actio ad rem vindicandam zur actio hypothecaria des gesetzlichen Specialpfandrechtes 70
§ 24. 5. Besondere Vorzüge der utilis actio ad rem vindicandam vor der actio hypothecaria des gesetzlichen Special- und Generalpfandrechtes 72
§ 25. Schlussbemerkung: § 38 der Concursordnung für das deutsche Reich 74

Berichtigungen:

Auf Seite 33 Anm. 120 Zeile 7 von unten lies manumisit statt mamumisit.
Auf Seite 56 Anm. 228 Zeile 1 von unten lies Fällen statt Falls.
Auf Seite 62 Zeile 1 von oben wiederhole vor „in" die Worte: „also nicht genöthigt", streiche dagegen auf Zeile 2 das Wörtchen „somit".

Einleitung.

Vorliegender Versuch eines Anfängers wurde hauptsächlich durch *Ihering's* Theorie[1]) der rei vindicatio utilis veranlasst.

Es drängte sich eben die Ueberzeugung auf, dass die Zusammenfassung der an verschiedenen Stellen[2]) unter verschiedenen Namen, wie „vindicatio utilis," utilis in rem actio," „utilis actio," „in rem utilis," „utilis in rem actio," „utilis actio ad rem vindicandam" vorkommenden Klagen unter ein System nur möglich ist nach vorgängiger eingehendster Prüfung einer jeden derselben nach ihren Voraussetzungen, ihrer thatsächlichen und rechtlichen Begründung und der sorgfältigsten Vergleichung der also gewonnenen Resultate.

Eine derartig detaillirte Behandlung ist nun aber bisher keiner einzigen obiger Klagen, selbst nicht von Seiten *Ihering's* zu Theil geworden; wohl schon aus diesem Grunde durfte eine nähere Beleuchtung einer derselben, nämlich der in der l. 2. D. quando ex facto tutor. vel. curat. (26. 9) gewährten „utilis actio ad rem vindicandam" gerechtfertigt erscheinen.

---

[1]) *Ihering* im Band I. der Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. S. 158—176.

[2]) Vergl. l. 1. C. de don. quae sub modo. (8. 55), l. 8. C. de rei vind. (3. 32), l. 15. C. de don. a. nupt. (5. 3), [l. 2. Cod. Theod. de spons.] l. 5 § 3. D. de rei vind. (6.1), l. 9. § 2 D. de acq. rer. dom. (41. 1), Gajus II. 78, § 34 Inst. de rer. div. (2. 1), l. 30. D. de mort. c. don. (39. 6) l. 55 D. de don. i. v. et uxor. (24. 1.) l. 30 D. h. t., l. 30. C. de jur. dot. (5. 12), l. 2. D. quando ex facto tut. vel. cur. (26. 9).

Des Weiteren kam hiebei die verschiedenartigste Beurtheilung in Betracht, welche gerade diese Klage von jeher erfahren hat, und welche von massgebendem Einflusse ist für die praktische Seite derselben.

Demgemäss war das Hauptbestreben darauf gerichtet, die bisher über die rechtliche Natur jener Klage jeweils aufgestellten Ansichten zu erörtern und zu widerlegen, beziehungsweise weiter auszuführen.

Das I. und II. Capitel handelt von der Auslegung der bezüglichen Gesetzesstellen, und der Einführung der Klage;

der rechtlichen Begründung derselben ist das III. Capitel gewidmet;

die sich hieraus ergebenden Folgerungen enthält das IV. Capitel.

I. Capitel.

Auslegung der in Betracht kommenden Gesetzesstellen behufs Feststellung des in denselben behandelten Falles; Besprechung nahe liegender Streitfragen.

§ 1.

I. Die in Betracht kommenden Gesetzesstellen.

Die Grundlage nachstehender Untersuchungen bilden zwei Stellen des corpus juris civilis und zwar

1) die l. 2. Dig. quando ex facto tutoris vel curatoris (26. 9); dieselbe lautet:

Ulpianus libro I. Opinionum. Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat[3]) mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam;

2) die l. 3. Cod. arbitrium tutelae (5. 51),[4]) welche also lautet:

---

[3]) *Mommsen'sche* Lesart; für administret vgl. Gothofredus.

[4]) In dieser Stelle ist zwar die utilis actio ad rem vindicandam nicht namentlich hervorgehoben; allein bei der Gleichartigkeit des hier mitgetheilten Falles mit dem casus der l. 2. cit. ist nicht zu bezweifeln, dass Kaiser Antoninus in jenem Rescripte nur einen Anwendungsfall der in der erwähnten Digestenstelle allgemein charakterisirten Klage im Auge gehabt hat, sonach in der l. 3. cit. die gleiche utilis actio ad rem vindicandam zu subintelligiren. Dafür auch die herrschende Meinung: vergl. z. B. *Ihering* a. a. O. S. 155. Kindervater in *Bekker's* Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes.

Imp. Antoninus A. Vitalio. Si curator post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit, elige, utrum malis in emtione eum negotium tibi gessisse, an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere, secundum quae judex tutelae judicio redditus partem religionis implebit. Kal. Jul. Romae Laeto II. et Cereale Conss. (215.)

II. Auslegung derselben im Einzelnen.

§ 2.

1. „si tutor vel curator" (l. 2. cit.)
„si curator" (l. 3. cit.)

Die Erwähnung des „curator" in beiden Stellen war die Ursache, dass man dieselben bald auf die Altersvormundschaft schlechthin, bald auf jegliche Art von Curatel bezog. Je nachdem man sich für die eine oder die andere Auffassung entscheidet, beantwortet man damit zugleich in verschiedenem Sinne die Frage nach der Legitimation zur vorwürfigen utilis actio ad rem vindicandam, welche Klage nach dem Wortlaute speciell der l. 2. cit. demjenigen zusteht, dessen vom Tutor oder Curator verwaltetes Vermögen zum Ankaufe von Grundstücken verwendet ward.

I. Einzelne Autoren haben unter „curator" nicht sowohl einen Altersvormund schlechthin als vielmehr speciell einen „curator pupilli" verstanden.[5])

Band VI. S. 354. — Dass die l. 2 cit. jus singulare für die vom röm. R. besonders begünstigte Person des Mündels, mithin ein privilegium personae enthält, (ähnlich wie l. 8. C. de rei vind. (3. 32), l. 55 D. de don. i. vir. et uxor. (24. 1) für den Soldaten bezw. die Ehefrau), wird ebenfalls allgemein anerkannt; vgl. *Vangerow* Lehrb. d. Pand. 7. Aufl. I. B. § 332. Anm. III. a—c. *Ihering* a. a. O. S. 175. *Kindervater* a. a. O. S. 338. *Waechter,* Pandekten 2. Theil § 143. S. 177.

[5]) So von *Löhr* im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung B. IV. S. 140—141 und Anm. 1; *Buchholtz*: Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechts. 19. Abhandlung. S. 205.

Was die in dieser Richtung insbesondere von *Buchholtz* vorgebrachten Gründe betrifft, und zwar vorerst den Umstand, dass in keiner von beiden Stellen der „minor" genannt wird, so könnte man hierauf einmal mit demselben Rechte erwidern, dass auch in keiner der beiden Stellen der „pupillus" genannt wird; allein es ist unseres Erachtens nicht sowohl hierauf Gewicht zu legen, als vielmehr auf die 9. Titelrubrik des 26. Buches, in welcher ausdrücklich von „minores" [6]) die Rede ist.

Viel natürlicher dünkt es uns ferner, die in der oben erwähnten Titelrubrik sowohl als in der l. 2. cit. selbst mit „vel" verbundenen Worte „tutor" und „curator" auf den Unmündigen beziehungsweise Minderjährigen, als mit *Buchholtz* auf den ersteren allein zu beziehen.

Anscheinend bedeutsamer ist das von *Buchholtz* noch angeführte Moment: „dass in der zweiten Stelle" (nämlich der l. 3. cit.) „von einem tutelae judicio die Rede ist, was sich auch nur auf einen Pupillen beziehen kann." Allein diese Schlussfolgerung ist thatsächlich nicht begründet, da die actio aus der cura minoris auch noch an einer andern Stelle mit (utile) tutelae judicium bezeichnet wird [7]); ferner würde bei dieser Auffassung des in der l. 3 cit. erwähnten „curator" derselbe als „curator pupilli" mit der actio tutelae belangbar erscheinen, während Ulpian in der l. 1 § 7. D. de eo qui pro tutor. (27. 5) den „curator impuberi datus" nicht einmal mit der protutelae actio belangbar erklärt. [8])

---

[6]) Dafür, dass umgekehrt unter diesen „minores" nicht blos die minores im engeren Sinne, d. h. die minores puberes zu verstehen sind, vergl. Vivianus ad l. 2. cit.: „Certe utilis actio datur pupillo vel adulto." Cujaz (E. V. M.) Tomus I. S. 688. ad h. t.: „minorum nomen commune est pupillorum et adolescentium." Ger. Noodt. oper. omn. tomus II. comment. ad h. t,: „minores, quo nomine pupillum etiam contineri indicat tutorum et curatorum conjunctio."

[7]) Vergl. l. 2. C. de her. tut. (5. 54). Dazu *Windscheid*: Lehrb. der Pandekten. 5. Aufl. II. B. § 438. Anm. 1.

[8]) Die Art, auf welche *Cujaz* diesen Widerspruch zu erklären sucht, in

Angenommen aber auch schliesslich, es wäre die hinwiederum von anderer Seite[9]) dem „curator" der l. 3. cit. zugeschriebene Bedeutung eines „tutor pupilli" die richtige, so könnte daraus ebensowenig, als aus der von uns demselben beigelegten Bedeutung eines „curator minoris" im engern Sinne ein Argument gegen die durch die l. 2. cit. bewiesene Legitimation der Minderjährigen schlechthin[10]) zur utilis actio a. r. v. geschöpft werden, da, wie bereits bemerkt, in der l. 3. cit. nur ein Anwendungsfall der in der Digestenstelle allgemein charakterisirten Klage zu erblicken ist.

II. Wichtiger dagegen, insbesondere vom Standpunkte des heutigen g. Rechts, in welchem die römische „tutela impuberum" und „cura minorum" zu einer von der ersten Kindheit bis zur Volljährigkeit sich erstreckenden Altersvormundschaft verschmolzen ist, erscheint die Beantwortung der bereits

---

dem er an einer Stelle (vergl. E. V. M. Tomus IX. in libr. V. Cod. recit. sollemn. ad titul. LI.) in der l. 3. cit. noch die Spur einer alten in der l. 1. § 7. D. de eo qui pro tutor. von *Ulpian* entschiedenen Streitfrage erblickt, an einer anderen Stelle hinwiederum die ebenerwähnte Codexstelle als in dieser Beziehung vielleicht fehlerhaftes Rescript bezeichnet (vergl. E. V. M. Tomus I. comm. ad titul. de excusat. S. 899), erscheint uns inconsequent.

[9]) Vergl. z. B. die Glosse ad l. 3. cit. im casus. *Brunnemann*: Comm. in Codicem (Lipsiae 1698) S. 629. ad l. 3. cit.

[10]) Dafür auch die herrschende Meinung, allerdings ohne nähere Begründung: Von Älteren vergl. z. B. *Bartolus* ad l. 2 cit.; Donellus Tomus VIII. (Lucae) ad l. 6 C. si quis alteri vel sibi. (4. 50). S. 1089. 8., *Faber Ant.* Jurispr. Papineaneae scientia tit. XII. princ. VI. ill. XXXIII. S. 831. Ben. Carpzovii: Jurispr. Forens. Romano Saxonic. pars I. const. XXVIII. def. 109. no. 2; pars II. const. XI. def. 21. no. 5—6. Von Neueren: vergl. *Schmid:* Handbuch des gegenwärtig geltenden gem. deutsch. bürgerl. Rechts. Besonderer Theil 1. B. § 15 S. 272 und die daselbst (Anm. 19) Citirten; *Sell:* Römische Lehre der dingl. Rechte. . . 2. Aufl. 1. Theil § 90 S. 348. *Ihering* a. a. O. S. 157, *Kindervater* a. a. O. S. 353; von Compendien des Pandektenrechts vergl. insbes. *Seuffert*: Pr. Pandektenr. 4. Aufl. I. B. § 150. Anm. 6 b. *Vangerow*: P. 1. § 332. Anm. 3. III. 2 b.

oben kurz angedeuteten Frage, ob nämlich die utilis actio a. r. v., auch den aus andern Gründen, wie Geisteskrankheit, Verschwendung etc. unter Curatel befindlichen Personen zusteht.

Man hat diese Frage bis ins 17. Jahrhundert durchweg stillschweigend verneint; ausdrücklich beschäftigt sich mit derselben zuerst *Müller*, und dieser äussert sich unter Bezugnahme auf die ll. 8. § 1. D. de reb. eor. (27. 9), 2 D. de cur. fur. (27. 10), und die §§ 3,4 Inst. de cur. (1. 23) dahin, dass nach billiger Auslegung die „prodigi", „furiosi" und Aehnliche in Betreff der mit ihrem Gelde angeschafften Sachen dieselben Rechte wie die Minderjährigen beanspruchen könnten. [11])

Die l. 8. § 1. cit. erwähnt nun allerdings eines „curator furiosi," allein nur mit Rücksicht auf die Frage, ob die oratio Severi auch auf den Verkauf seitens eines solchen Curators Anwendung finde; ausdrücklich anerkannt wird diese Erstreckung der oratio Severi auf jegliche Art von Curatel in der l. 11 D. h. t. [12])

Nachdem jedoch das Sever'sche Veräusserungsverbot auch in seiner späteren Ausdehnung das baare Geld des Mündels nicht umfasste [13]), erscheint die oratio Severi mit der utilis actio a. r. v. höchstens dann vergleichbar, wenn man annimmt, dass, wie die dem Mündel gehörigen Grundstücke durch jene, so die mit seinem Gelde vom Pfleger angeschafften durch diese gegen nachtheilige Einwirkungen, insbesondere gegen Weiterveräusserung geschützt werden sollten. In

---

[11]) Vergl. *Müller*: dissert. de re pecunia aliena comparata. Jenae 1688. cap. IV. Thes. XI. S. 32: „eadem jura, quae pupillis . . . . circa rem pecunia sua emtam competunt, aequa juris interpretatione etiam asseri possunt furiosis, prodigis et similibus, qui ob naturae vitium et defectum judicii rebus suis superesse nequeunt."

[12]) Vergl. auch *Bachofen*: ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. Abhandlung IV. S. 150 u. Anm. 116.

[13]) *Bachofen* a. a. O. S. 153.

keiner Weise dagegen lässt sich aus der l. 2 D. de cur. fur. sowie aus den §§ 3 und 4 Inst. de cur. ein Analogieschluss entnehmen, da diese Stellen nur für die Existenz von „curatores furiosi", „prodigi" u. dergl. nach röm. R. überhaupt sprechen.

Hinwiederum muss gegenüber der von verschiedenen Juristen[14]) zum grossen Theil unter Bezugnahme auf die blos von „minores" handelnde 9. Titelrubrik des 26. Buches der Digesten behaupteten Unzulässigkeit der Ausdehnung unserer Klage über die Altersvormundschaft hinaus sowohl auf die l. 5 pr. desselben Titels,[15]) welche ausdrücklich einen „curator *furiosi*" betrifft, als für die weitere Auffassung überhaupt auf die ganz allgemeine Fassung der l. 2. cit. verwiesen werden.[16])

III. Was vom „tutor" und „curator" in den erwähnten Stellen gilt, muss auch auf Protutoren und Procuratoren Anwendung finden,[17]) da für diese regelmässig die gleichen Grundsätze massgebend sind, und eine Sicherstellung der Mündel (dass auch die utilis actio a. r. v. eine solche bezweckt, wird von uns weiter unten eingehend erörtert werden) ihnen gegenüber noch viel dringender erforderlich ist; dieses Bedürfniss ist beispielsweise gesetzlich schon dadurch anerkannt, dass speciell gegen die Protutoren im Gegensatz zu den Tutoren nach

---

[14]) Am genauesten aufgezählt bei *Schmid* Handb. § 15. Anm. 19.

[15]) Vergl. auch *Pagenstecher:* die röm. Lehre vom Eigenth. III. Abth. § 5. S. 24. Anm. 1. *Schmid* Handb. § 15. Anm. 19. *Sell* a. a. O. § 90. S. 348. Anm. *. *Ihering* a. a. O. S. 157.

[16]) Vgl. abermals die in der vor. Anm. Genannten mit Ausnahme *Pagenstecher's;* ferner: *Fastenrath:* de rei vindicatione utili. Dissert. Berlin 1860. § 2. S. 9. *Schulin:* Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. 2. Abschnitt. 1. Kapitel. S. 165. Anm. 149. insbes. *Vangerow* P. I. § 332. Anm. 3. III. 2. b.

[17]) Derselben Ansicht: *Olearius:* Dissertatio de rei vindicatione non competenti alteri, cujus pecunia res acquisita fuit. Leipzig 1714. cap. II. § IV.

l. 1, § 3. D. de eo qui pro tutor. (27. 5.) sofort geklagt werden kann.

IV. Nachdem durch die l. 4 C. quib. ex causis. (2 54.) der Staat den Minderjährigen nicht blos mit Bezug auf die in integrum restitutio, (denn die Worte: „res publica minorum jure uti solet" sind unseres Erachtens allgemein aufzufassen), sondern in jeder Beziehung rechtlich gleichgestellt ist, muss demselben unter den entsprechenden Voraussetzungen die besagte utilis actio a. r. v. gleichfalls gewährt werden.[18])

Desgleichen scheint uns

V. Die l. 2. cit. auch auf die Kirche und ihre Administratoren anwendbar zu sein. *Schulin*[19]) wendet zwar dagegen ein, dass dann die im c. 4. C. 12. qu. 5 aufgeworfene Frage, ob die aus dem Kirchengelde vom Bischof im eigenen oder fremden Namen angeschafften Sachen nach seinem Tode an seine Verwandten oder an die Kirche fielen, gar nicht entstehen konnte: allein hierauf ist zu erwidern, dass die Canonstelle nicht von pecunia ecclesiae schlechthin, sondern von „de facultatibus ecclesiae", und ferner nicht von praedia, sondern von „quascumque res" die unter „qualibet condicione" angeschafft sein können, spricht, und dass bei diesen verschiedenartigsten Abweichungen vom casus der l. 2 cit. an der Zuständigkeit der utilis actio a. r. v. gar leicht gezweifelt und

---

S. 19, jedoch ohne jegliche Begründung; ferner *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. VII. S. 29; die von demselben zur Begründung angezogene l. 19 § 1. D. de reb. auct. jud. (42. 5) beweist jedoch nur, dass die Klage gegen einen Protutor etc. mit einem privilegium exigendi ausgestattet ist; einen Analogieschluss daraus für obige Frage zu ziehen, dünkt uns gewagt.

[18]) Dafür schon *Donellus* an der in Anm. 10 näher bezeichneten Stelle mit Berufung auf die eben citirte l. 4. C. quib. ex causis; *Müller* (a. a. O. cap. IV. Thes. XX. S. 36) u. *Olearius* (a. a. O. cap. II. § VI. S. 20.) folgern die Gewährung der Klage an den Staat aus der l. 3. C. d. jure rei publ. (11. 29); allein diese Stelle dürfte wegen des Beisatzes: „extra ordinem" wohl nur mit Bezug auf die in integrum restitutio, somit gerade in umgekehrter Weise, wie die l. 4. cit., zu verstehen sein.

[19]) *Schulin* a. a. O. S. 165. Anm. 149.

diesem Zweifel durch obige Frage (entsprechend der Zurückführung der utilis actio a. r. v. auf wirkliches Eigenthumsrecht [20]) Ausdruck gegeben werden konnte. Höchst wahrscheinlich ist die erwähnte Canonstelle, wie dies bei den meisten Aussprüchen im Decretum Gratiani zutrifft, auf practisch gewordene Fälle zurückzuführen; durch dieselbe ist unseres Erachtens, wie durch c. 4. X. de pec. cler. (3. 25), die in Gemässheit der l. 2. cit. zustehende utilis actio a. r. v. bezüglich ihrer Bedingungen casuistisch beleuchtet, erweitert und in ihrer Ausdehnung auf die Kirche bestätigt.

Wir können es sonach nicht billigen, wenn man sich für die Legitimation der Kirche und ihrer Administratoren zur besagten Klage nur auf die eine [21]) oder auf die beiden erwähnten Stellen des corp. jur. can. und nicht zugleich auf die l. 2 cit. stützt; [22]) die von Verschiedenen für obige Ausdehnung citirten Stellen, wie l. 32 C. de episc. et cler. (1. 3) [23]) Cl. 2 de relig. dom. (3. 11) [24]) c. 1. X. de in integr. rest. (1. 41) [25]), und ausserdem die l. 23 C. de sacros. eccles. (1. 2) sind wegen der Indifferenz der in denselben berührten Punkte für unsere Frage belanglos. [26])

---

[20]) Näheres über diese ,,sog. Eigenthumsansicht'' siehe unten § 13.

[21]) *Glück:* Commentar der Pandekten B. VIII. S. 164. Anm. 81. *Schulin* a. a. O. S. 165. Anm. 149.

[22]) *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. XVI. S. 34—35.

[23]) Vergl. die Glosse ad l. 8. C. de reiv (3. 32), *Olearius* a. a. O. cap. II. § 5. S. 20.

[24]) *Glück* an der in Anm. 21 bezeichneten Stelle.

[25]) *Olearius* an der in Anm. 23 bezeichneten Stelle. *Glück* an der in Anm. 21 bezeichneten Stelle.

[26]) Vergl. *Topp*: de rei vindicationis speciebus earumque usu in concursu creditorum 1750. § XVIII. S. 15 u. *Schulin* a. a. O. S. 165. Anm. 149 in fine gegen die Allegirung des c. 1. X. de in integr. rest.; ferner *Schulin* a. a. O. S. 165. Anm. 149. gegen die Citirung von cl. 2. de relig. dom.; *Topp* a. a. O. gegen die Erwähnung von l. 23. C. de sacros eccl.

§ 3.

2. „pecunia ejus, cujus negotia administrat .... emerit;“ (l. 2 cit.)

„pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita .... comparavit.“ (l. 3 cit.)

Beim blossen Anblick dieser Worte ergiebt sich, dass beide Stellen dem Pflegling[27]) gehöriges Geld als Kaufschilling voraussetzen.

Als nicht mit Pfleglingsgeld angeschafft sind dagegen diejenigen Sachen anzusehen, zu deren Ankauf das aus dem Verkaufe von Pfleglingssachen erlöste Geld verwendet worden ist.[28]) Hier greift die bekannte Rechtsregel: „res in singularibus non succedit in locum pretii nec pretium in locum rei,“ insbesondere die Analogie von l. 47 § 6 D. de adm. tut. (26. 7)[29]) Platz.

Hierorts ist ferner die Frage aufzuwerfen, ob die beiden Gesetzesstellen blos pecunia numerata, d. i. ein Kaufgeschäft voraussetzen, oder ob die utilis actio a. r. v. auch zusteht im Falle eines vom Pfleger mit Pfleglingssachen vorgenommenen Tauschgeschäftes im engern und prägnanten Sinne.

Festzuhalten ist gegenüber dieser von Einzelnen schlechthin[30]), von Andern dem Sinne der l. 2 cit. nach,[31]) von *Topp*[32]) insbesondere in unklarer Weise behaupteten Ausdehnung an dem

---

[27]) Die Ausdrücke „Pflegling“, bezw. „Pfleger“ decken unseres Erachtens noch am Ehesten die in den ll. 2 u. 3. cc. berücksichtigten Personen.

[28]) Vergl. *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. V. S. 28; *Brunnemann* Comm. in Codicem, ad l. 6. l. 8. C. de rei vind. in fine.

[29]) *Bartolus* ad h. l. *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. V. S. 28.

[30]) Vergl. z. B. *Olearius* a. a. O. cap. § IV. S. 19: „si accedente pecunia vel re ad pupillum pertinente contrahat.“ *Brunnemann* a. a. O. ad l. 3. C. arb. tut.: „sed haec ita, si ex pecunia vel re ad pupillum pertinente contrahat.“

[31]) Vergl. abermals *Brunnemann*: Comm. in libros L. Pandect. ad l. 2. cit.: „Ex hujus legis sententia potest inferri, si pupilli res cum alia permutetur, pupillo in re permutata competere dominium sicut decisum memini.“

[32]) *Topp* a. a. O. § XV. S. 13.

klaren und ausdrücklichen Wortlaute der beiden Stellen; die Hervorhebung von „pecunia“ einerseits, „emerit“ bezw. „comparavit“ andererseits deutet unseres Erachtens ausschliesslich auf ein Kaufgeschäft hin.

Für die Kirche höchstens liesse sich diese Erweiterung durch die allgemeine Fassung des c. 4 C. 12 qu. 5 rechtfertigen, indem derselbe das zu Grunde gelegte Geschäft schlechthin mit den Worten hervorhebt: „quascumque res de facultatibus ecclesiae . . . . comparaverit.“

§ 4.

3. „praedia in nomen suum emerit;“ (l. 2 cit.); „sibi praedium comparavit;“ (l. 3 cit.);

1) Vorerwähnte Worte der Digestenstelle geben nach zweierlei Richtungen hin zu Erörterungen Anlass; vor Allem frägt sich

a) ob dieselben auf den durch mancipatio oder in jure cessio bewerkstelligten Eigenthumserwerb ex emto bezogen werden können.[33])

Die Antwort wäre sehr leicht zu geben, wenn die Qualität der in der Stelle angeführten „praedia“ als praedia in Italico solo, d. h. als res mancipi feststünde.

Ihering sowohl als *Kindervater*[34]) scheinen allerdings an der Richtigkeit dieser Prämisse nicht gezweifelt und insbesondere nur an Erwerb von quiritischem Eigenthum gedacht zu haben:[35])

Allein die Digestenstelle selbst bietet für eine solche

---

[33]) Dafür *Ihering* a. a. O. S. 153; *Kindervater* a. a. O. S. 353. Vgl. ausserdem *Dernburg*: das Pfandr. nach den Grundsätzen des heutigen röm. R. 1 B. § 39. S. 325—326. *Schmid:* Die Grundlehren der Cession nach röm. R. dargestellt 1 B. § 40 Anm. 30 S. 401.

[34]) An den vorbezeichneten Stellen.

[35]) Wie käme sonst *Kindervater* (a. a. O. S. 353) zu folgendem Ausspruche? „Es ist zu beachten, dass unsere Stelle . . . . von dem Ankaufe eines praedium handelt, welches letztere nach klassischem Rechte nur im Wege der mancipatio oder in jure cessio geschehen konnte.“

Charakterisirung der praedia keinen genügenden Anhaltspunkt,[36]) während andererseits die Worte der l. 3 cit.: „ad comparationem possessionis" andeuten, dass es sich um ein Provinzialgrundstück handelte."[37])

b) Der Kauf „in nomen suum" fällt zweifellos ebensowenig unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung im ächten und prägnanten Sinne als der in Stipulationsform gekleidete Darlehensvertrag.

Fraglich erscheint dagegen, ob die utilis actio der l. 2. cit. blos für den Fall, dass der Pfleger als sog. Ersatzmann,[38]) oder auch dann, wenn er für sich gehandelt hatte,[39]) oder hinwiederum nur für diesen zuletzt genannten Fall gewährt ist.

Stillschweigend haben wir damit schon ausgedrückt, dass wir nicht beabsichtigen, den Begriff: „Ersatzmann"[40]) an und für sich anzuzweifeln oder zu kritisiren.

---

[36]) Vgl. *Schulin* a. a. O. S. 166.

[37]) *Schulin* a. a. O. S. 167. Die Frage nach der Natur der praedia ist für das heutige röm. R. natürlich belanglos. Andererseits ist aber hier die Frage berechtigt, ob das, was die beiden Stellen bezüglich der Immobilien bestimmen, ceteris paribus auch auf Mobilien Anwendung finden könne. Die herrschende Ansicht hat sich dafür erklärt (vgl. z. B. *Puchta* Lehrb. d. Pandekten 7. Aufl. § 149 Z. 1, *Arndts* Pandekten 8. Aufl. § 145 Anm. 3, während *Voigt* (über die condictiones ob causam § 85 Anm. 772) die Ausdehnung unserer Klage bedenklich findet, „da für die praedia in der That besondere Rücksichten obwalten," somit unseres Erachtens auf das Veräusserungsverbot der oratio Severi anspielt. Allein abgesehen von der bereits früher hervorgehobenen Mangelhaftigkeit eines Vergleiches zwischen den Voraussetzungen der oratio Severi und denjenigen unserer Klage wäre *Voigt* schon deshalb nicht beizustimmen, weil das *Sever'*sche Veräusserungsverbot durch die spätere Gesetzgebung auch auf Mobilien mit geringen Ausnahmen erstreckt worden ist. (Vgl. *Bachofen* a. a. O. S. 152—153).

[38]) Vgl. *Ihering* a. a. O. S. 142 ff. 151 ff. 312 ff. 328.

[39]) So die herrschende Ansicht; *Schulin* a. a. O. S. 167 u. die in Anm. 152 daselbst Citirten.

[40]) Dagegen wäre unseres Erachtens die von *Brinz*: Lehrb. des Pandektenrechts. 1. Aufl. 2. Abth. § 368 S. 1599. dafür gewählte Bezeichnung: „Vertreter in eigenem Namen" wegen der in derselben liegenden kurzen, aber

Ihering[41]) und *Kindervater*[42]) sind die Hauptvertreter der ersterwähnten Ansicht. Das Hauptgewicht auf „nomen" legend behauptet vorerst *Ihering*, dass die Worte: „in nomen suum emere" doch nicht „für sich selbst kaufen" bedeute; es liege darin vielmehr umgekehrt, „dass der Vormund nicht für sich, sondern für den Pupillen gekauft und nur den Contract auf seinen Namen gestellt hat."

Hierauf ist jedoch unseres Erachtens zu erwidern, dass, selbst wenn mit *Ihering* das Gewicht auf „nomen" gelegt werden müsste,[43]) immer noch unverständlich bliebe, warum *Ulpian*, nachdem die Stellung des Contractes auf fremden Namen unmöglich war, die Stellung des Contractes auf eigenen Namen mit den Worten „in nomen suum emerit" eigens hervorhob. Oder sollte der Jurist hier etwas gesagt haben, was sich eigentlich von selbst verstünde?

Bei der bekannten bündigen Ausdrucksweise *Ulpian's* erscheint diese Annahme undenkbar.

Ihering stützt ferner seine Ansicht darauf, dass in der Stelle von einem „stipulatione" abgeschlossenen Darlehensvertrage die Rede ist; es „blieb dem Vormund, wenn er auch noch so sehr die Absicht hatte, für den Pupillen zu handeln, nichts übrig, als die Stipulation auf eigenen Namen zu fassen, also als Ersatzmann zu handeln." Dass von einer ächten Stellvertretung bei einer Stipulation nicht die Rede sein konnte, haben wir schon oben angedeutet. Allein in den Worten: „ipse stipulatus" ist doch noch kein Beweisgrund dafür zu finden, dass *Ulpian* an einen Vormund gedacht, der ausschliesslich

---

scharfen Hervorhebung der wesentlichsten Momente allen sonstigen dafür aufgetauchten Benennungen vorzuziehen; über letztere vergl. *Brinz* a. a. O. S. 1598.

[41]) *Ihering* a. a. O. S. 152 ff. S. 328.

[42]) *Kindervater* a. a. O. S. 353—354.

[43]) Es findet sich bei *Ihering* aber auch die entgegengesetzte Betonung („in nomen suum emerit") und noch dazu unmittelbar vorher! (a. a. O. S. 151. Anm. 34.)

im Interesse des Mündels stipulirt hat. Gerade im Gegentheil scheint uns *Ulpian* durch die ausdrückliche Beisetzung des allerdings mit *Ihering* zu betonenden Wörtchens „ipse“ zu „stipulatus fuerit“ auf einen Pfleger hingewiesen zu haben, der nicht blos formell, sondern auch materiell für sich in eigenem Namen und Interesse handelt, und nur deshalb zur Stipulation greift, um bei der hier unerlässlichen Stellung des Geschäftes auf eigenen Namen jeglichen Verdacht abzulenken. In keiner Weise beweist *Ihering* schliesslich seine Ansicht durch die Bezugnahme auf die Worte: „si praedia emerit“. Denn selbst angenommen, es handelte sich um italische Grundstücke, an welchen der Vormund allerdings auch mit dem besten Willen dem Pupillen nicht unmittelbar das quiritische Eigenthum erwerben konnte,[44]) so hätte er doch bonitarisches Eigenthum demselben unmittelbar daran erwerben können. Aber auch diesen Fall hat *Ulpian* zweifellos nicht im Auge, sobald er von „in nomen suum emerit“ spricht.

Schon der Wortlaut der Stelle drängt sonach zu einer anderen Auslegung; insbesondere aber weist sowohl die in der Stelle selbst gezogene Parallele von „ipse stipulatus fuerit — praedia in nomen suum emerit,“ als hauptsächlich die Analogie der sub. 2, zu besprechenden Codexstelle darauf hin, dass *Ulpian* ein, nicht als Ersatzmann, sondern für sich in eigenem Namen und Interesse („sibi“) handelnder Pfleger vorgeschwebt hat.

Ebenso wenig als *Ihering* beweist *Kindervater*, dass die Stelle mancipatio oder in jure cessio und einen ausschliesslich für den Pupillen handelnden Vormund voraussetzt.

Das von uns in dieser Richtung gegen *Ihering* Bemerkte, gilt demnach auch in entsprechender Weise gegen *Kindervater*.

2) Von den oben erwähnten Juristen wird einstimmig

---

[44]) Vgl. *Ihering* a. a. O. S. 153.

anerkannt, dass das in der l. 3. cit. enthaltene Rescript des Kaisers *Antoninus Caracalla* durch einen für sich in eigenem Namen und Interesse handelnden Vormund veranlasst wurde.[45])

Für diese Auffassung spricht der ganze Wortlaut der Stelle, insbesondere die Hervorhebung von „sibi praedium comparavit," „in usus suos pecuniae conversae," „legitimas usuras."

Bei dieser Auslegung war aber die Gefahr eines Widerspruches für die erwähnten Schriftsteller dadurch sehr nahe gerückt, dass sie einerseits die in der l. 2. cit. beschriebene utilis actio a. r. v. nur für den Fall, dass der Vormund als Ersatzmann gehandelt hat, ertheilen, andererseits jedoch in der Codexstelle, wie bereits oben bemerkt wurde, die gleiche Klage subintelligiren.

Kindervater weicht diesem Conflicte dadurch aus, dass er in der besagten Codexstelle nur eine Ausdehnung des Privilegs bevormundeter Personen erblickt, während *Ihering* an dem einmal für nöthig befundenen Requisite des „Ersatzmannes" festhaltend durch eine vielleicht gewagte Fiktion einen „Ersatzmann" in die Stelle hineininterpretirt und in derselben eine Abweichung von der Lehre von der Geschäftsführung erblickt.[46])

Diese letztere Annahme lässt sich jedoch unseres Erachtens durch die Worte der l. 3. cit. nicht begründen.[47])

Die von *Ihering* und *Kindervater* der l. 2. cit. gegebene Deutung hat aber noch eine andere bedenkliche Seite: erwägt man nämlich, dass diese Schriftsteller den Pfleger in dem von Ulpian ponirten Falle nur deshalb als „Ersatzmann" und

---

[45]) Vergl. *Ihering* a. a. O. S. 155: „Ein Vormund hatte das zum Ankauf von Grundeigenthum zurückgelegte Mündelgeld erhoben und sich ein Grundstück damit gekauft." Vergl. dazu *Kindervater* a. a. O. S. 354.

[46]) *Ihering* a. a. O. 155—156.

[47]) Vergl. auch *Kindervater* a. a. O. S. 354.

nicht sofort als Stellvertreter charakterisiren, weil bei der von ihnen der Stelle zu Grunde gelegten mancipatio oder in jure cessio eine ächte Stellvertretung ausgeschlossen ist,[48]) dass dagegen nach justinianeischem Rechte die Worte „praedia in nomen suum emerit" nur von einem einfachen Eigenthumserwerbe durch Tradition ex emto verstanden werden können, und dass bei der Tradition Stellvertretung zulässig erscheint,[49]) so ergiebt sich, dass zufolge obiger Auffassung dem Pflegling nach heutigem Rechte die rei vindicatio directa erworben sein müsste.

Ein Grund zur Gewährung der utilis actio a. r. v. hätte im Justinianeischen Rechte dann gar nicht mehr vorgelegen.

Diesem abermaligen Conflicte suchen *Ihering* sowohl als *Kindervater* dadurch zu begegnen, dass sie den Begriff des Ersatzmannes auch nach Justinianeischem Rechte bei Auslegung der l. 2 cit. festhalten,[50]) obgleich sie, wie erwähnt, zu einer derartigen Auslegung nach früherem Rechte nur durch die für das Recht der 4. Periode nicht weiter in Betracht kommende mancipatio oder in jure cessio gedrängt worden waren.

Solche Conflicte und Widersprüche bleiben dagegen überhaupt vermieden, wenn anders die von uns behauptete Deutung der Digestenstelle die richtige ist. Dass dieselbe, ähnlich wie die Codexstelle, von einem in eigenem Interesse handelnden Pfleger aufzufassen sei, ergiebt sich insbesondere noch aus dem übrigen Inhalte des Digestentitels; hinwiederum braucht das zum Kaufschilling genommene Pfleglingsgeld

---

[48]) Vergl. *Ihering* a. a. O. S. 153. *Kindervater* a. a. O. S. 353.

[49]) Vergl. l. 20. § 2. D. de acq. rer. dom. (41. 1.)

[50]) Vgl. *Ihering* a. a. O. S. 328. *Kindervater* a. a. O. S. 353. Beide Autoren gehen hiebei des Weiteren von der an sich allerdings richtigen, von *Ihering* insbesondere trefflich vertheidigten Anschauung aus, dass nämlich der Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch den Ersatzmann für den Prinzipal keine direkte Wirkung begründet; Ausführlicheres hierüber siehe bei *Ihering* a. a. O. S. 324 ff.

keineswegs aus zur Anschaffung von Grundstücken auf obervormundschaftliche Anordnung deponirtem Gelde zu bestehen, da einerseits diese specielle Bestimmung der l. 3 cit. zweifellos nur auf den Entstehungsgrund des Rescriptes, d. i. auf einen ganz speciellen concreten Fall zu beziehen, andererseits dieser Stelle bei der ihr zukommenden Rescriptsnatur eine ausschliessliche, für den hier entschiedenen Fall massgebende, singuläre[51]) Bedeutung nicht zuzumessen ist.[52]) Wir erblicken vielmehr mit der herrschenden Meinung[53]) in diesem Rescripte nur eine Anwendung des nach richtiger Interpretation in der l. 2 cit. festgestellten Satzes; wir interpretiren diese letztere Stelle aber abweichend von der Majorität, indem wir dieselbe nur auf einen für sich in eigenem Namen und Interesse („sibi") handelnden Pfleger beziehen.

§ 5.

4. Si tutor vel curator . . emerit (l. 2 cit.)
si curator . . comparavit. (l. 3 cit.)

Soll die utilis actio a. r. v. auch dann zustehen, wenn ein „extraneus", ein beliebiger Dritter in der in der l. 2 cit. beschriebenen Weise einen Kauf abgeschlossen hat?

In der älteren Zeit haben einige Juristen[54]) diese Ausdehnung allerdings nicht schlechthin, wohl aber in subsidium, d. i. für den Fall der Insolvenz des Dritten zugelassen.

Bartolus stützt seine Ansicht auf die l. 88 D. de sol. (46. 3); mit vollem Rechte hat sich jedoch in jüngster Zeit

[51]) Dafür insbes. von *Löhr* a. a. O. S. 144—145.

[52]) Vergl. insbesondere: *Sprengel*: Dissertatio de jure pupilli in res quas tutor pecunia pupillari sibi comparavit. Rostock. 1832. S. 38. *Fritz*: Erläuterungen zu von *Wennig-Ingenheim's* Lehrb. des gem. Civilrechts. II. S. 294. *Schmid* a. a. O. S. 273. *Sell* a. a. O. S. 348. Anm. ** *Schulin* a. a. O. S. 168. *Vangerow* P. I. § 332. Anm. 3. III. 2. b.

[53]) Vergl. dafür *Schmid* u. *Schulin* an den ebengenannten Stellen.

[54]) So insbes. *Bartolus* ad l. 8. C. de rei vind. (3. 32); *Cujaz*: Tomus IX. Recit. ad lib. IV. C. titul. L. *Negusantius*: de pignoribus Pars. V. membrum I. no 40.

Schulin[55]) hiegegen gewendet, da diese Stelle vom Verkaufe einer fremden Sache handelt und man daraus „noch gar nichts für den anderen Fall schliessen kann, wo Jemand eine Sache mit fremden Gelde gekauft hat."

Cujaz begründet die behauptete Ausdehnung in keiner Weise, während *Negusantius* den Pflegling durch das ihm gesetzlich zustehende Pfandrecht[56]) vorgehenden Pfandgläubigern gegenüber keineswegs für gesichert erachtet und deshalb insbesondere sich für jene Ansicht des *Bartolus* entscheidet.

Hiegegen ist jedoch vorerst zu bemerken, dass jenes Pfandrecht mit demselben Vorzugsrechte in Gemässheit der l. 7. pr. D. qui pot. in pign. (20. 4) versehen ist, das dem sog. Pfandrechte wegen „Aufwendung" nach den ll. 5. u. 6. h. t. zukömmt;[57]) ferner, dass die ll. 2 u. 3 cc. (und dies gilt gegen jene Ausdehnung überhaupt) ausdrücklich und ausschliesslich nur den Pfleger und nicht einen Dritten, insbesondere nicht einen insolventen Dritten als Käufer bezeichnen, während die für das Pfandrecht in Betracht kommenden ll. 6. C. de servo pignori dato (7. 8), 3 pr. D. de rebus eorum (27. 9), 7 pr. cit. ihrer allgemeinen Fassung halber zwar auf jeglichen Käufer (Pfleger oder Dritten) aber nur in Ansehung des Pfandrechtes bezogen werden können.[58])

Auch für uns verbietet sich ein „in incerto vagari!"[59])

---

[55]) *Schulin* a. a. O. S. 169—170.

[56]) Näheres über dieses Pfandrecht s. unten § 9.

[57]) l. 7. pr. D. qui pot. in pign. (20. 4): „Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata." . . . Vergl. dazu Basiliken Tomus IV. lib. XXV. Titel 5. const. 5. p. 59: „προτιμᾶται καὶ μεταγενέστερος ὤν"; ferner *Bartolus* ad l. 7 pr. cit. *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. VIII. S. 30. *Meissner*: Vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. Leipzig. 1803. § 91. S. 227—228. *Windscheid* P. I. § 246. 3. u. Anm. 6.

[58]) S. unten § 9.

[59]) *Bachow*: tractatus de pignoribus et hypothecis absolutissimus. 1656. lib. I. cap. 12. n. 4. S. 55: „Prorsus leges" (er meint die ll. 6, 3 pr. 7. pr. cc) „hypothecam tantum tribuunt neque nostrum est, extra eas in incerto vagari."

Der Grund, warum unsere Klage mit der Person des Pflegers als Käufers so ausdrücklich verbunden erscheint, liegt wohl darin, dass nur dieser, nicht aber ein beliebiger Dritter nach r. R. verpflichtet ist, Pfleglingsgelder zum Ankaufe von Grundstücken für den Pflegling zu verwenden, und dass nur ihm aus der Vernachlässigung dieser Pflicht ein Vorwurf gemacht werden konnte.[60])

Bei der singulären Natur der in den ll. 2. u. 3. cc. enthaltenen und sich blos auf den Pfleger beziehenden Entscheidung erscheint es überdiess unzulässig, dieselbe in analoger Weise auf einen mit Mündelgeldern kaufenden Dritten auszudehnen.[61])

Bezüglich des Staates ist nie eine derartige Extension versucht worden; *Donellus* spricht sich sogar ausdrücklich dagegen aus.[62])

Andererseits nimmt jedoch die Glosse zur l. 8. C. de reiv. für die Kirche jene subsidiäre Zuständigkeit der utilis actio

---

[60]) Vergl. *Ripa* in Scto I. in quibus causis pignus tacite contr. und dazu *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. VII. S. 30; ausserdem *Faber* Jurispr. Pap. sc. XII. VI. XXXIII. „possitque tutori vel curatori objici, cur pupilli vel minoris pecuniam contra constitutiones in suos usus converterint, quod non similiter aliis objici potest." Donellus. Tomus VIII. ad l. 6. C. si quis alteri: „tibuitur item minoribus . . . si eorum tutor aut curator ex eorum pecunia rem emerit, ut appareat hoc non tam minorum causa constitutum quam in odium tutorum vel curatorum; aliquoquin idem tribuatur minoribus, quisquis rem ex eorum pecunia emisset."

[61]) Vergl. auch *Olearius* a. a. O. cap. II. § IV. S. 19. *Faber.* Jurispr. Pap. sc. XII. VI. XXXIII. — Die heut zu Tage herrschende Ansicht gesteht die utilis actio a. r. v. ebenfalls nur im Falle eines vom Pfleger (Vormund) mit Pfleglings-(Mündel)geldern abgeschlossenen Kaufes zu. (Vergl. die bei *Schulin* S. 170 Anm. 156 Citirten, ausserdem die meisten Compendien des Pandektenrechtes.)

[62]) *Donellus* an der in Anm. 57 bezeichneten Stelle: „Et ideo utilis erit actio reipublicae et civitati, si curator aut syndicus civitatis emerit ex pecunia civitatis, non item si alii extranei emerint."

a. r. v., gestützt auf l. 32. C. de episc. et cler. in Anspruch; diese Stelle enthält aber unseres Erachtens nicht einmal einen Beleg für die Legitimation der Kirche, bezw. deren Administratoren zu der vorwürfigen Klage überhaupt,[63]) geschweige denn in der hier behaupteten Ausdehnung.

Noch einen Schritt weiter geht *Donellus*, indem er der Kirche nicht blos im Falle der Insolvenz des dritten Käufers, sondern schlechthin, wenn ein Dritter in der erwähnten Weise gekauft hat, die utilis actio a. r. v. einräumt.[64])

Allein sowohl die ll. 2 u. 3 cc., als c. 4 C. 12. qu. 5 u. c. 4 X de pecul. cler. berücksichtigen den dritten Käufer in keiner Weise; insbesondere ist aber auch eine analoge Anwendung des in der l. 8 C. de rei vind. (3. 32) für den Soldaten Bestimmten auf die Kirche unzulässig, da Privilegien nicht analog ausgedehnt werden dürfen.[65])

§ 6.

5. Insolvenz des Pflegers?

Nicht unberührt kann die Frage bleiben, ob in der l. 2 cit. insbesondere „offenbar die Rede von einem verschuldeten Vormund oder Curator" ist.[66]) [67])

Westphal und *Dabelow* sind nicht in der Lage, aus dem Wortlaute jener Stelle ihre Annahme irgend wie beweisen zu können; *Dabelow* insbesondere giebt sogar ausdrücklich zu, dass „darin der Insolvenz mit keinem Worte gedacht ist."[68])

---

[63]) Siehe oben § 2 in fine.

[64]) *Donellus* an der mehrfach allegirten Stelle: „Dici tamen potest, cum ecclesia liberalius agi debere et idem illi tribuendum quod militi, ut quisquis . . . . emerit, ecclesia utilem actionem habeat de re emta. Nam vera militia ecclesia militat."

[65]) Vergl. auch *Schulin* a. a. O. S. 169.

[66]) *Dabelow*: Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. cap. 12. S. 364.

[67]) Der gleichen Ansicht: *Westphal*: Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1800. § 100. Z. 2 u. Anm. 120.

[68]) *Dabelow* a. a. O. S. 365.

Wenn sie nun gleichwohl und zwar auf Grund der weiteren Annahme, dass die utilis actio a. r. v. ein ausserordentliches Rechtsmittel sei, das nur gestattet werde, wenn die ordentlichen nicht ausreichen, zu obiger Annahme gelangen, so enthält diese ihre Argumentation, wie *Sprengel* sehr hübsch nachgewiesen hat,[69]) eine petitio principii.

Gegen jene restrictive Interpretation spricht unseres Erachtens sowohl der Wortlaut als der Sinn der ll. 2 u. 3 cc.

Aus der l. 55. D. de don. i. v. et ux. (24. 1) ferner lässt sich ein Schluss, abgesehen von der Unzulässigkeit der Ausdehnung von Privilegien, schon um deswillen nicht ziehen, weil dort die Erwähnung der Insolvenz, wenn überhaupt mit Rücksicht auf die besagte Klage,[70]) doch nur beispielsweise,[71]) keineswegs exclusiv statthat.[72])

In der l. 8 C. de reiv. schliesslich ist von Insolvenz nicht die Rede: angenommen aber auch die Ansicht *Glück's*[73]) über diese Stelle liesse sich rechtfertigen, so würde einer analogen Auslegung der l. 2 cit. immerhin noch die Singularität der Codexstelle entgegenstehen.

§ 7.

III. Festsetzung des Falles.

Aus den bisherigen Untersuchungen ergiebt sich folgendes Resultat:

In Gemässheit der ll. 2. D. quando ex facto tutor. vel cur. (26. 9) u. 3 C. arbitr. tutel. (5. 51) steht jeg-

---

[69]) *Sprengel* a. a. O. S. 10. S. 21—23.

[70]) Anderer Ansicht: *Kindervater* a. a. O. S. 348.

[71]) *Voigt* a. a. O. § 85. Anm. 776.

[72]) A. A. die von *Voigt* a. a. O. Anm. 776 Citirten; ausserdem insbes. *Ihering* a. a. O. S. 133 ff.

[73]) *Glück* Comm. B. 8. S. 166: „Dass in dem Gesetze" (nämlich der l. 8 c.) „der Insolvenz desjenigen, der die Sachen mit dem Gelde des Soldaten „für sich anschaffte, nicht erwähnt wird, thut nichts zur Sache, genug, dass „der Umstand in dem Geiste des Gesetzes liegt."

lichem Pflegling bezüglich der vom Pfleger mit Pflegelingsgeldern auf eigenen Namen und in eigenem Interesse für sich „sibi“ angeschafften Grundstücke (oder Mobilien nach heutigem Rechte) ohne Rücksicht auf die Solvenz oder Insolvenz des Käufers eine „utilis actio ad rem vindicandam“ zu.

II. Capitel.

Die Einführung der utilis actio ad rem vindicandam.

I. Uebersicht über die bereits bei Einführung der utilis actio ad rem vindicandam dem Pflegling in obigem Falle (§ 7) zustehenden Schutzmittel.

§ 8.

1. Persönliche Klagen.

Als solche sind zu erwähnen

a) die schon zu *Gajus*' Zeiten bestehende quasicontractliche actio tutelae directa,[74]) indem Unmündige mit derselben, Minderjährige im prägnanten Sinne dagegen mit einer ihr nachgebildeten zuweilen „judicium tutelae" genannten,[75]) inhaltlich jedoch vollkommen gleichwerthigen[76]) Klage gegen einen dolosen[77]) Pfleger überhaupt geschützt waren, gegen einen curator insbesondere vor beendigter cura;[78])

b) die im vorliegenden Fall durch die vorhandene Unterschlagungshandlung des Pflegers begründete und electiv neben der actio tutelae zustehende actio de rationibus distrahendis;[79]) desgleichen

---

[74]) Vgl. *Justin.* Inst. lib. III. titel XXVII. § 2, l. 5 § 1. D. de obl. et act. (44. 7) (aus *Gajus*' lib. III. rerum quotid. aureor. genommen.)

[75]) Vergl. oben cap. I. § 2 u. Anm. 10.

[76]) Vergl. *Windscheid* P. II. § 438. Anm. 1.

[77]) l. 1. pr. D. de tutel. (27. 3).

[78]) l. 16. § 1. D. de tutelae.

[79]) l. 1. § 19—22. D. de tutelae l. 2. D. h.

c) die cumulativ neben der actio tutelae, bezw. der actio de rationibus distrahendis zuständige und auf den vorliegenden Fall um deswillen anwendbare actio furti, weil die widerrechtliche Entziehung des dem Pflegling gehörigen Vermögens, d. i. dessen Verwendung als Kaufschilling bei dem nur im Interesse des Pflegers abgeschlossenen Kaufe zweifellos den Begriff von „intercipere pecuniam pupillarem,“[80]) oder von „auferre rem ex bonis pupilli furandi animo“ erschöpft;[81])

d) die condictio furtiva![82])

e) Erblickt man schliesslich in der eben bezeichneten Handlungsweise des Pflegers eine „deminutio negotiorum pupilli vel adulescentis,“ so ergab sich in Gemässheit der schon zu *Gajus'* Zeiten zum Mindesten für gesetzlich berufene Vormünder obligatorischen und auch von *Ulpian* anerkannten „satisdatio ne et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt negotia a tutoribus curatoribusque consumantur vel diminuantur“ ein weiteres Schutzmittel für den Pflegling, in der Richtung gegen Tutoren und Fidejussoren allerdings erst nach beendigter Tutel, gegen Curatoren aber und Protutoren „statim atque quaeque res salva non esse coepisset.“[83])

§ 9.

2. Das gesetzliche Specialpfandrecht des Pupillen an den mit seinem Gelde angeschafften Sachen.

I. In den ll. 3 pr. D. de rebus eor. (27. 9); 6. C. de servo pignori dato. (7. 8); 7 pr. D. qui pot. in pignore. (20. 4) ist, wie bereits oben kurz angedeutet wurde, von einem Pfandrechte an mit Pupillengeldern angeschafften Sachen die Rede.

Diesem von *Ulpian*[84]) auf eine constitutio „imperatoris

---

[80]) Vergl. l. 1. § 22. D. de tutel.

[81]) Vergl. l. 2. pr. u. § 1. D. de tutel.

[82]) arg: l. 2. § 1 cit.

[83]) Vergl. *Gajus* Inst. lib. I. § 199—200; l. 4. § 2—4. D. rem pup. vel adul. (46. 6).

[84]) l. 3. pr. cit.

nostri et divi patris ejus," bezw. von *Alexander Severus*[85]) auf eine constitutio „divorum parentum meorum" zurückgeleiteten Pfandrechte haben einzelne Rechtsgelehrte die Natur eines „gesetzlichen (stillschweigenden) Pfandrechtes" abgesprochen.[86])

Von *Meissner* und von *Glück* ist jedoch diese Ansicht in überzeugendster Weise auf eine falsche Auslegung der erwähnten Gesetzesstellen zurückgeführt und hauptsächlich auch nachgewiesen worden, dass *Ulpian* und Kaiser *Alexander* auf eine und dieselbe Constitution Bezug genommen haben.[87]) Insbesondere *Westphal* gegenüber, welcher die l. 3 pr. cit. nicht von einer stillschweigenden, sondern einer ausdrücklichen Hypothek verstanden haben will[88]) wurde unseres Erachtens mit vollem Rechte der Umstand als auffällig bezeichnet, dass jenes angeblich ausdrückliche Pfandrecht der l. 3 pr. cit. von der oratio Severi nicht erfasst wurde.[89]) Denn es ist als feststehend zu erachten, dass die freiwillige Pfandbestellung den Bestimmungen der oratio Severi unterlag:

„Nur die Ausübung der vormundschaftlichen Potestas wird „der Controle unterworfen; wo diese nicht im Spiele ist, da „fällt auch jenes" (nämlich das Veräusserungsverbot) „weg. Des„halb ist sowohl das gesetzliche als auch das prätorische, als „das executorische Pfand ohne Dekret vollkommen gültig."[90])

---

[85]) l. 6. cit.

[86]) *Dabelow* a. a. O. S. 229 u. *Runde* commentat. de historia indole ac vi remedior. securitatis § 54 beziehen insbesondere die l. 7. pr. cit. nur auf ein gesetzliches Privilegium eines vorher ausdrücklich vereinbarten Pfandrechtes. *J. Voet*: Comment. ad Pandectas. tomus. III. ad lib. 20. titel 2. in quibus causis pignus vel. §. 15. S. 625—628 negirt, dass die ll. 7. pr. u. 3. pr. cc. ein gesetzliches Specialpfandrecht enthalten. *Westphal* a. a. O. S. 150 versteht die l. 3 pr. cit. insbesondere wegen der Worte: „an pignoris obligationem possit habere," . . in gleicher Weise wie *Voet* an der vorbezeichneten Stelle nur von einem ausdrücklichen Pfandrechte.

[87]) *Meissner* a. a. O. § 86. S. 217—219. *Glück* Comm. B. 19. S. 48—54.

[88]) *Westphal* a. a. O. S. 150.

[89]) Vergl. *Meissner* a. a. O. S. 218. *Glück* a. a. O. S. 50.

[90]) *Bachofen* a. a. O. S. 142.

Wird nun aber in der l. 3 pr. cit. die Anwendung der oratio Severi auf das in Rede stehende Pfandrecht mit den Worten: „et magis est ut salvum sit jus pignoris“ . . . . geradezu ausdrücklich negirt, so dünkt uns viel natürlicher, daraus zu folgern, dass jenes Pfandrecht ein gesetzliches sei und nicht, wie *Westphal* glaubt, ein ausdrückliches; wir erblicken mit anderen Worten hierin nicht sowohl mit *Westphal* eine Ausnahme von der Regel, dass die oratio Servi nur freiwillige Hypotheken ergreift, als vielmehr eine Bestätigung derselben. —

Die herrschende Meinung hat von jeher und insbesondere im Anschluss an *Glück's* Ausführungen das erwähnte Pfandrecht als ein gesetzliches charakterisirt.[91])

II. Nicht so ganz einig ist man dagegen bezüglich der weiteren Frage, welchem Kaiser die von *Ulpian* und *Alexander Severus* als Quelle des Pfandrechtes bezeichnete Constitution zuzuschreiben ist. *Meissner* versteht unter den „divi parentes“ der l. 6 cit. die Kaiser *Septimius Severus* und *Antoninus Caracalla:*[92]) *von Löhr* gesteht dem Pupillen seit *Septimius Severus* jenes gesetzliche Pfandrecht zu.[93]) *Dernburg* schreibt an der einen Stelle jene Constitution den Kaisern *Septimius Severus* und *Caracalla* zu, während er unmittelbar darauf jene Verordnung als legislative Neuerung von *Septimius Severus* bezeichnet.[94]) *Schulin* nennt wiederum die beiden Kaiser zusammen die Urheber jener Constitution.[95])

---

[91]) Basiliken: Tomus V. lib. XXXVIII. Titel 9 const. 3, Glosse ad l. 7 pr. l. 6 cc; Gothofredus ad l. 6, l. 7 pr. cc. *Cujaz*: Tomus IX. Recit. soll. ad l. 17. C. de pign. (8. 14). *Donellus* Tomus IX. Comm. ad l. 17. c. *Bachow* a. a. O. I. cap. 12. n. 4. *Carpzow* a. a. O. I. const. 28. def. 109. *von Löhr* a. a. O. S. 140. *Sintenis*: Handbuch des gem. Pfandrechtes. 1836. § 33. S. 303. *Dernburg* a. a. O. B. 1. § 39. S. 321 ff.; ausserdem sämmtliche Pandektenlehrbücher.

[92]) *Meissner* a. a. O. S. 219.

[93]) *von Löhr* a. a. O. S. 140.

[94]) *Dernburg* a. a. O. S. 321. 322.

[95]) *Schulin* a. a. O. S. 173.

Auch wir würden uns für diese letztere Annahme entscheiden, d. h. wir würden jene Constitution in die Zeit der gemeinschaftlichen Regierung von *Septimius Severus* und *Antonius Caracalla* verlegen, soferne nicht aus den Worten der l. 3 pr. cit.: „ut salvum sit" hervorginge, dass das besagte Pfandrecht schon vor der oratio Severi gesetzlich gewährt worden ist, während andererseits eben diese oratio Severi aus dem Jahre 195, somit von *Septimius Severus* allein und nicht aus der erst 198 beginnenden Mitregentschaft von *Caracalla* herrührt.[96]) Gerade darin, dass *Paulus* gleichwohl dieses Veräusserungsverbot in der l. 14. D. de reb. eor. eine „oratio divorum principum" nennt, glauben wir mit *Glück*[97]) ein Beispiel dafür erblicken zu sollen, dass man selbst diejenigen Gesetze, welche von *Severus* noch vor der Annahme seines Sohnes zur Mitregentschaft gegeben worden sind, beiden zuschrieb.[98]) Es steht somit auch der Beziehung der Worte „ex constitutione divorum parentum meorum" der l. 6. cit., wie der Worte *Ulpian's* in der l. 3 pr. cit.: „secundum constitutionem imperatoris nostri et divi patris ejus" auf *Septimius Severus* als Alleinherrscher um so weniger ein Bedenken entgegen, als noch mehrere Constitutionen sich finden, welche beiden Kaisern zugeschrieben, dagegen nur von *Septimius Severus* allein erlassen wurden, insbesondere aber, als nur auf solche Weise der Ausdruck: „ut salvum sit" sich erklären lässt.

Später als das gesetzliche Pfandrecht, nämlich zur Zeit der Alleinregierung *Caracalla's* scheint uns dagegen die utilis actio a. r. v. gewährt worden zu sein. Es wird dies daraus ersichtlich, dass obige Klage vor *Ulpian* von keinem

---

[96]) *Rudorff*: Das Recht der Vormundschaft. B. II. § 139 II. und Anm. 19. S. 387. *Bachofen* a. a. O. S. 120.

[97]) *Glück* Comm. B. 19. S. 51. Anm. 33.

[98]) Vergl. *Rudorff* a. a. O. S. 387. Anm. 19, der diese Art der Bezeichnung mit den Worten kritisirt: „Es ist also mit dieser Aeusserung nicht genau zu nehmen."

Juristen erwähnt wird, während der bezügliche, dem liber I. opinionum entnommene und geradezu die Quelle der utilis actio a. r. v. bildende Ausspruch *Ulpian's* mit grösster Wahrscheinlichkeit in die Zeit fällt, aus welcher auch das Rescript der l. 3 cit. datirt, nämlich in die Zeit *Caracalla's*.[99])

Gegen eine frühere Datirung unserer Klage spricht insbesondere noch der Umstand, dass in diesem Rescripte auf Constitutionen früherer Kaiser keineswegs Bezug genommen ist.

III. Eingehende Berücksichtigung verdient ferner die Frage, wem jenes Pfandrecht zukam, insbesondere ob, wie der Pflegling in Gemässheit der l. 2 cit. durch die utilis actio a. r. v. geschützt wurde, so auch dieser und nicht blos der Unmündige sich auf das gesetzliche Pfandrecht berufen konnte.

Nach Ansicht verschiedener Rechtsgelehrten steht zum Mindesten auch dem „minor" im engeren Sinne obiges Pfandrecht zweifellos[100]) zu, während Andere mehr[101]) oder minder[102]) unschlüssig bezüglich der Gewährung bleiben. Die erwähnten Autoren begnügen sich meistentheils damit, jene Ausdehnung einfach zu constatiren, ohne sich mit dem Nachweise nur irgend wie zu beschäftigen; Einzelne versuchen die Richtigkeit einer derartigen Auffassung mit Analogien zu beweisen. So stützt sich insbesondere *Meissner* mit auf den in der l. 2 cit. enthaltenen Ausspruch *Ulpian's*. Allein diese unseres Erachtens den „minor" im prägnanten Sinne allerdings mitberücksichtigende Stelle[103]) könnte doch nur dann ein Argument für jene Auf-

---

[99]) *Puchta*: Cursus der Institutionen. 3. Aufl. B. 1. § 100. S. 467: „Die meisten seiner Schriften „verfasste er" (nämlich *Ulpian*) „unter *Caracalla*."

[100]) Vergl. *Glück* Comm. B. 19. S. 47. 288. *Thibaut*: System des Pandektenrechtes. 9. Aufl. 1846. I. B. § 336. Z. IV. Vergl. auch *Carpzow* a. a. O. p. I. const. 28. def. 109.

[101]) *Puchta*: Pandekten. 7. Aufl. §. 201. Z. 2; *Arnds* P. § 373. Anm. 3b. *Seuffert*: Pr. Pdktr. § 201. Z. 3.

[102]) Vergl. *Meissner* a. a. O. § 87. S. 219—220.

[103]) S. oben § 2.

fassung bilden, wenn man die besagte utilis actio a. r. v. als Ausfluss des gesetzlichen Pfandrechts betrachten wollte, eine Ansicht, die *Meissner* keineswegs theilt.[104]) Aber auch solche Rechtsgelehrte, die der utilis actio a. r. v. die Natur einer Pfandklage gewährt wissen wollen, sprechen davon, dass nur mit „einigem Scheine“[105]) sich die Ausdehnung des in den oben citirten Gesetzesstellen nur dem Pupillen gewährten Pfandrechtes auf den Minderjährigen aus den ll. 2 u. 3 cc. erweisen liesse.

Gegen jenen Analogieschluss aus der l. 2 cit. lässt sich unseres Erachtens noch einwenden, einmal, dass diese Stelle wegen ihrer singulären Natur eine analoge Ausdehnung überhaupt nicht gestattet; insbesondere aber, dass ganz abgesehen von der Verschiedenheit der actio hypothecaria und der utilis actio a. r. v., die über letztere in der l. 2 cit. enthaltenen Bestimmungen nicht massgebend sein können für das bereits früher (vergl. oben sub II) entstandene gesetzliche Pfandrecht.

In Betracht zu ziehen für die Beantwortung jener Frage ist sonach ausschliesslich die Quelle dieses Pfandrechtes, die erwähnte Constitution des Kaisers *Septimius Severus*, beziehungsweise, nachdem dieselbe nicht mehr erhalten ist, die auf den Inhalt derselben bezugnehmenden ll. 6., 3 pr., 7 pr. cc. In diesen Stellen ist nun aber fast ausschliesslich nur von Pu-

---

[104]) Vergl. unten § 13 mit Anm. 137.

[105]) So *von Löhr* a. a. O. S. 140—141. Anm. 1, der sehr treffend daselbst bemerkt: „Auffallend ist es, dass man die zuletzt genannten Stellen“ (nämlich die l. 2. D. quando ex f. t. u. 3 C. arb. tutel) „gewöhnlich nicht „auf das Pfandrecht bezieht und dennoch den Minderjährigen dieses Recht giebt.“ *von Löhr* wundert sich hier nicht sowohl darüber, wie *Fastenrath* a. a. O. § 2. S. 13. Anm. 29 annimmt, dass man sich zum Beweise der Gewährung des gesetzlichen Pfandrechtes an *„minores“* nicht auf die citirten Stellen beruft, als vielmehr darüber, dass, trotzdem die l. 3 pr. l. 7 pr. l. 6 cc. unbedingt nur von Pupillen sprechen, die ll. 2 u. 3 cc. dagegen nach der herrschenden Ansicht von der Eigenthums- und nicht der Pfandklage, man dennoch das gesetzliche Specialpfandrecht auch den Minderjährigen zugesteht.

pillen,[106]) Pupillengeldern, vom „favor pupillorum," und zwar vielleicht nicht ohne eine gewisse Absichtlichkeit die Rede.[107]) Daraus ergiebt sich, dass nur dem Unmündigen jenes gesetzliche Specialpfandrecht zuzugestehen ist.[108],[109])

IV. Das Pfandrecht in Anwendung auf den in der l. 2 cit. ponirten Fall.

Von einer solchen Anwendung könnte von vorneherein nach dem eben Ausgeführten nur quoad pupillum gesprochen werden.

Insbesondere ist aber hier noch

1) die Frage zu prüfen, ob der Pupill im Falle des von seinem Vormunde mit Pupillengeldern abgeschlossenen Kaufes sich überhaupt auf obiges Specialpfandrecht berufen kann. Damit ist das Gebiet einer bekannten Controverse betreten, welche dahin geht, dass das gesetzliche Specialpfandrecht zusteht:

a) nur im Falle, dass der Vormund,[110])

b) nur im Falle, dass ein Dritter,[111])

c) sowohl im Falle, dass der Vormund, als auch im Falle, dass ein Dritter mit Pupillengeldern eine Sache erworben hatte.[112])

[106]) *Bucholtz* a. a. O. S. 293—294. *Goeschen*: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. B. § 339. Z. 5. S. 353.

[107]) *Dernburg* a. a. O. S. 324.

[108]) Gegen die Gewährung des erwähnten gesetzlichen Pfandrechtes an Minderjährige haben sich insbesondere noch auf Grund der Quellen erklärt: *Cujaz*: Tomus IX. Recit. soll. ad l. 17. C. 8. 14. *Sintenis*: Pfandr. § 33. S. 304.

[109]) Vergl. auch *Fastenrath* a. a. O. § 2. S. 12 mit S. 13. Anm. 29.

[110]) Vergl. insbes. *Westphal* a. a. O. § 100. Anm. 120.

[111]) S. ausser den von *Meissner* a. a. O. § 88. Anm. 27 bezw. von *Glück* Comm. B. 19. S. 48. Anm. 30, u. S. 55. Anm. 38 Citirten insbes. auch *Faber*: Jurispr. Pap. sc. XII., VI. XXXIII.

[112]) Dies die herrschende Meinung: Vergl. *Glück* Comm. B. 19. S. 55—56. *Meissner* a. a. O. § 88 Z. 2; ferner ausser den von *Glück* a. a. O. S. 55. Anm. 37, resp. von *Meissner* a. a. O. S. 221. Anm. 24 Citirten insbesondere: *Carpzow* a. a. O. p. I. const. 28. def. 109. *Gesterding*: die Lehre vom Pfandrechte nach Grundsätzen des römischen Rechts 1831. § 20. S. 139.

Die sub a) erwähnte Ansicht beruht einmal auf einer keineswegs gebotenen[113]) restrictiven Interpretation der l. 6 cit.; ferner auf einer unrichtigen[114]) Deutung der l. 7 pr. cit.; insbesondere aber auf der als fehlerhaft bezeichneten[115]) Auslegung der l. 3 pr. cit. vom ausdrücklichen Pfandrechte, während gerade in dieser Stelle das gesetzliche Pfandrecht und zwar für den Fall anerkannt ist, dass ein Dritter eine Sache mit Pupillengeldern erworben hat.[116])

Westphal ist überhaupt zu dieser Einschränkung des Pfandrechtes nach unserem Dafürhalten nur durch das Bestreben bestimmt worden, die utilis actio a. r. v. der l. 2 cit. mit der actio hypothecaria identificiren zu können.[117])

Die sub b) erwähnte Ansicht beruht auf der umgekehrt restrictiven, aber eben so wenig zu rechtfertigenden Interpretation der bezüglichen Gesetzesstelle und ist hauptsächlich entstanden unter der nicht zu billigenden Charakterisirung der utilis actio a. r. v. als Eigenthumsklage[118]) in Verbindung mit der Furcht vor Annahme eines doch quellenmässig[119]) nachweisbaren Nebeneinanderbestehens von privilegirtem Pfandrecht und Eigenthumsrecht.

Für die Richtigkeit der sub c) angeführten herrschenden

Sintenis: Pfandr. § 33. S. 304. *Ihering* a. a. O. S. 156. *Dernburg* a. a. O. B. 1. S. 323—324. Vergl. insbes. auch *Vangerow* P. I. § 376. Anm. 3. *Puchta* P. §. 201. Z. 2.

[113]) Vergl. *Meissner* a. a. O. §. 88. S. 222: „Allein der Entscheidungsgrund der l. 6. C. de servo pign. dato. spricht ganz allgemein.“ Vergl. dazu *Glück* Comm. B. 19. S. 54. *Sprengel* a. a. O. S. 15—16; auch *Bachow* a. a. O. I. 12. 4.

[114]) Dagegen sehr treffend *Glück* a. a. O. S. 53—54.

[115]) S. oben sub. I. dieses §.

[116]) Vergl. auch *Sintenis*: Pfandr. § 33. S. 304. Anm. 2. *Meissner* a. a. O. §. 88. S. 222. *Glück* a. a. O. S. 54.

[117]) Hiegegen vergl. unten § 14.

[118]) Vergl. unten § 13.

[119]) Vergl. *Windscheid*: P. I. § 248. Z. 4. Anm. 26—27. *Kindervater* a. a. O. S. 360. *Sprengel* a. a. O. S. 29.

Meinung spricht in schlagendster Weise die ganz allgemeine[120]) Fassung sämmtlicher 3 Gesetzesstellen.

Aus dem bisher Ausgeführten ergiebt sich die Bejahung der sub 1) aufgeworfenen Frage.

Dagegen frägt sich ferner

2) ob das Pfandrecht dem Pupillen auch gesetzlich zusteht für den Fall, dass der Vormund für sich („sibi") auf eigenen Namen und in eigenem Interesse Grundstücke mit Pupillengeldern angekauft hat.

Nachdem die bezüglichen Gesetzesstellen sich auch in dieser Richtung ganz allgemein ausdrücken und insbesondere unter die Worte der l. 3 pr. cit.: „ut salvum sit jus pignoris . . ei pupillo, cujus pecunia comparatus est fundus," wie auch unter die der l. 6 cit.: „sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emtae" und die der l. 7 pr. cit: „Si ex nummis pupilli fuerit res comparata" der vorliegende Fall sich in jeder Beziehung (die Bezeichnung „res" umfasst auch die praedia, „pupillaribus pecuniis emta", bezw. „ex nummis pupilli . . . comparata" kurzweg auch den für sich („sibi") auf eigenen Namen gestellten Kauf) subsumiren lässt, ist auch die Frage sub 2) zu bejahen. —

§ 10.

Anhang.

Das gesetzliche Generalpfandrecht des Pupillen am Vermögen des Vormundes.

Von dem Bestehen dieses Pfandrechtes in der Zeit vor Kaiser *Constantin* kann unseres Erachtens füglich nicht gesprochen werden.

Verschiedene Rechtsgelehrte[121]) haben zwar die Entsteh-

[120]) Vergl. l. 6 cit.: „Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos mancipio misit quoniam . . . sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emtae". l. 3 pr. cit.: „Sed si pecunia alterius pupilli . . . fundus sit comparatus . . . . . cujus pecunia fundus sit emtus . . . . cujus pecunia comparatus est fundus". l. 7 pr. cit.: „Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata".

[121]) Aufgezählt bei *Meissner* a. a. O. § 114. S. 306. Anm. 15; bezw.

ung desselben in die Zeit von *Septimius Severus* und *Caracalla* verlegt, die Richtigkeit dieser Annahme aber keineswegs bewiesen.

Die dafür angezogene l. 10. D. in quib. causis (20. 2)[122]) spricht von einer gesetzlichen Hypothek überhaupt nicht.[123])

Ebensowenig bietet die als Hauptargument angeführte l. un. C. rem alien. ger. non interdici (4. 53) einen Beweisgrund für die Existenz des besagten Pfandrechtes in klassischer Zeit, da schon der Beisatz „cum sua causa, cum suo onere" keineswegs sicher von den Kaisern *Septimius Severus* und *Caracalla*, sondern weit eher von den Compilatoren herrührt;

ferner weil, selbst die Aechtheit dieses Beisatzes vorausgesetzt, eine Beziehung der fraglichen Worte auf eine ausdrückliche Verpfändung weit näher liegt.

Aber auch die noch von *Glück*[124]) für obige Annahme angeführte l. 17. C. de adm. tut. (5. 37) verdient unseres Erachtens keine Berücksichtigung, da in derselben auf das Pfandrecht nicht Bezug genommen ist,[125]) an der Dispositionsbefugniss der Vormünder aber gar wohl aus anderen Gründen gezweifelt werden konnte.[126])

Gegen die Datirung dieses Pfandrechtes aus der Zeit vor *Constantin* spricht weit eher der Umstand, dass sich sowohl in den Schriften der klassischen Juristen, als auch in der l. 10. C. arb. tut. (5. 51) keine Spur von demselben vorfindet.[127])

bei *Dernburg* a. a. O. B. 1. § 45. Anm. 1. S. 357. und bei *Glück* Comm. B. 19. S. 141. Anm. 1; vergl. dafür *Glück* selbst a. a. O. S. 140 ff.

[122]) So z. B. von *Huschke* in *Linde's* Zeitschr. B. 20. S. 158.

[123]) Vergl. *Meissner* a. a. O. § 114. S. 306. Anm. 16. *Dernburg* a. a. O. § 22. S. 187 mit § 45. S. 358 u. Anm. 4.

[124]) *Glück* Comm. B. 19. S. 143.

[125]) Vergl. auch *Dernburg* a. a. O. S. 361.

[126]) Sehr treffend bemerkt in dieser Richtung *Meissner* a. a. O. S. 306: „Welcher Rechtssatz ist wohl so gewiss, dass nicht einmal an demselben wäre gezweifelt worden?"

[127]) Vergl. Meissner a. a. O. S. 305. *Dabelow* a. a. O. 8. Cap. XVII. S. 233. *Dernburg* a. a. O. S. 357—358. — *Brinz* P. 2. Abth. (1. Aufl.) § 292. Z. 5. S. 1333. *Dernburg* a. a. O. S. 361—362.

Die Quelle dieses Pfandrechtes ist vielmehr ein Rescript *Constantin's* vom Jahre 314, nämlich die l. 1. Cod. Theod. de adm. et peric. tut. (3. 30); *Justinian* hat dieses Pfandrecht in der l. 20. C. de adm. tutel. sanctionirt bezw. erweitert und insbesondere durch l. 7. C. de cur. furios. (5. 70) auch dem Wahnsinnigen eine General-Hypothek am Vermögen seines Curators verliehen.

Im vorliegenden Falle konnte sich somit unseres Erachtens der Pflegling nicht schon auf das erst später (unter *Constantin*) entstandene gesetzliche General-Pfandrecht am Vermögen des Pflegers berufen.

§ 11.

II. Unzulänglichkeit obiger Schutzmittel.

Frägt man sich

1) ob oder in wie weit der Pflegling mit den sub I. erwähnten Schutzmitteln in den Besitz der vom Pfleger mit Pfleglingsgeldern („sibi") angeschafften Grundstücke gelangen konnte, so muss dies

a) bezüglich der actio tutelae directa negirt werden.

Man kann zwar nicht schlechthin behaupten, dass durch den Eigenthumserwerb des Pflegers an den Grundstücken[128]) dem Pflegling das Recht benommen worden sei, mit der actio tutelae die Kaufsobjecte in Anspruch zu nehmen; nachdem jedoch einerseits diese Klage wohl nicht als actio arbitraria zu charakterisiren ist,[129]) andererseits damals nur auf Geld condemnirt werden konnte, war die Herausgabe der Grundstücke weder durch das arbitrium de restituendo vel exhibendo noch durch die Condemnation selbst zu erwirken.

b) Das bezüglich der Condemnation Bemerkte wäre auch in Ansehung der condictio furtiva zu wiederholen, wenn

[128]) Dass der Pfleger Eigenthümer geworden ist, ergiebt sich aus l. 4. C. comm. utriusq. jud. (3. 38). l. 1 C. si quis alteri (4. 50). l. 8 C. h. t., l. 6. C. de rei vind. (3. 32).

[129]) Vergl. *Brinz* P. I. 2. Aufl. § 87. S. 288—289 „wie auch ebensowenig sicher ist, dass irgend eine bonae fidei actio arbiträr gewesen sei."

nicht eine Inanspruchnahme der Grundstücke mit dieser Klage schon um deswillen unmöglich gewesen sein würde, weil es an einer Hauptvoraussetzung derselben, nämlich an der Furtivität der Grundstücke gebricht. Dieselben sind zwar in concreto mit entwendeten Geldern, somit mit einer res furtiva erworben; diese Qualität des Kaufschillings überträgt sich jedoch nicht auf den Kaufgegenstand selbst.[130])

c) Von einer Inanspruchnahme der Grundstücke mit der actio furti, actio de rationibus distrahendis, bezw. der Klage „ex satisdatione rem pupilli vel adulescentis salvam fore" konnte von vorneherein nicht die Rede sein, da diese Klagen als Straf- bezw. Schadensersatzklagen auf Bezahlung des mehrfachen Sachwerthes (d. i. hier auf mehrfache Leistung der unterschlagenen Summe), bezw. auf Schadensersatz schlechthin gerichtet sind.

Dagegen konnte der Mündel allerdings

d) durch Anstellung der arbiträren actio hypothecaria (aus dem gesetzlichen Specialpfandrecht) in den Besitz jener Grundstücke gelangen: aber doch nur bei verweigerter oder verzögerter Ersatzleistung oder im Falle der Insolvenz des Vormundes; ferner nur der Mündel, nicht der Pflegling schlechthin:

2) Um so nothwendiger erschien die Gewährung einer neuen Klage, als der Pfleger durch obige Schutzmittel an der pflichtwidrigen Verwendung von Pfleglingsgeldern zum Ankaufe von Grundstücken in eigenem Interesse nicht gehindert werden konnte. Dem Pflegling für diesen Fall ein ähnliches Recht zu gewähren, wie solches durch l. 7. § 6 de adm. dem Pupillen gegenüber der Veranlagung von Mündelcapitalien im eigenen Interesse des Vormundes verliehen war, das Pfleglingsvermögen gegen derartige Eingriffe des Pflegers in entsprechendster Weise fortan zu schützen und sicher zu stellen: dieses Motiv lag unseres Erachtens der Einführung der utilis actio a. r. v. zu Grunde und dieser Zweck wurde, wie unten noch näher darzulegen ist, durch dieselbe im vollsten Maasse erreicht.

[130]) arg. l. 48. § 7 D. de furtis.

III. Capitel.

Rechtliche Begründung der utilis actio ad rem vindicandam.

§ 12.

Einleitung.

Die Frage, unter welche Kategorie von Klagen vorwürfige utilis actio a. r. v. zu bringen oder anders ausgedrückt, auf welches zu Grunde liegende Rechtsverhältniss dieselbe zurückzuführen sei, wurde in älterer und neuerer Zeit vielfach ventilirt.

Während man bis zu Anfang dieses Jahrhunderts jene Klage fast durchweg als „dingliche" charakterisirte, hat in neuerer Zeit insbesondere *Ihering* die „persönliche" Natur derselben nachzuweisen versucht.

Die erst erwähnte (dingliche) Auffassung gliedert sich hinwiederum in verschiedene von einander abweichende Ansichten.

Diese über das Wesen unserer Klage jeweils aufgestellten Auffassungen wenigstens in Kürze wiederzugeben und nach ihrer Haltbarkeit zu prüfen, zu widerlegen bezw. weiter auszuführen, bildet den Zweck der nachfolgenden Untersuchungen.

§ 13.

1. Die utilis actio ad rem vindicandam ist zurückzuführen auf gesetzlich erworbenes Eigenthumsrecht.

(Eigenthumsansicht.)

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, eine genaue und vollständige Uebersicht der Autoren zu geben, die jeweils dieser Ansicht beigepflichtet haben; es sollen vielmehr nur die haupt-

sächlichsten Vertreter derselben eingehender berücksichtigt werden.

Die Glosse ad l. 1 C. si quis alteri (4. 50) hebt ausdrücklich als Ausnahme von der in den ll. 6. C. de rei vind., 4. comm. utriusque jud., 8. si quis alteri ausgesprochene Regel[131]) auch den Fall der l. 2. D. quando ex fact. tut. vel. cur. hervor.

Olearius bemerkt dazu:

„In glossa ad l. 1. C. 4. 50. excipiuntur quatuor casus, in quibus dominus pecuniae acquirit dominium“[132]) und adoptirt jene Auffassung der l. 2. cit. schlechthin mit den Worten: „succedunt pupilli ac minorennes quippe qui in re a tutore vel curatore proprio nomine, pupillari tamen pecunia emta dominio gaudent et per consequens rei vindicationem instituere valent.[133])

Auch *Bartolus* schreibt dem Pflegling als Inhaber der utilis actio a. r. v. die Qualität eines wahren Eigenthümers zu,[134]) obgleich er hinwiederum an einer anderen Stelle,[135]) ähnlich wie *Accursius*[136]) das wirkliche Eigenthumsrecht des Pfleglings im vorliegenden Falle in Abrede stellt.

Carpzow. *Müller*. *Meissner* und *Glück*[137]) erklären sich, *Müller* allerdings in etwas zweideutiger Weise,[138]) ebenfalls

---

[131]) Vergl. oben § 11 mit Anm. 128.

[132]) *Olearius* a. a. O. cap. II. § 1. S. 17.

[133]) *Olearius* a. a. O. cap. II. § 3. S. 18.

[134]) *Bartolus* ad. l. 2. cit.: (II. B. der edit. Basileae.) „Tutore emente aliquid de pecunia pupilli efficitur ipsius pupilli.“

[135]) *Bartolus* (in tomum primum Pand.) ad l. 7 pr. D. qui potiore in pign. „non est vere pupilli, licet posset eam vindicare utili vindicatione.“

[136]) *Accursius* ad l. 7 pr. cit.: „Respondi ibi“ (näml. in l. 3. C. arb. tut. l. 2 D. quanto ex facto. tut. vel cur.) „non dicitur quod sint suae; sed potest eas eligere“ etc. „nec sunt in veritate suae.“ etc.

[137]) *Carpzow* a. a. O. p. II. const. 11. def. 21. Vergl, dazu *Carpzow* a. a. O. p. I. const. 28. def. 109. *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. I—III. S. 27—28. *Meissner* a. a. O. § 88. S. 223. *Glück* Comm. B. 8. S. 161—163, Vergl. auch *Glück* Comm. B. 19. S. 55—56.

[138]) *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. I. hebt das dem Pflegling zustehende Eigenthumsrecht mit den Worten „ita ut dominium et vindi-

für „gesetzliches Eigenthum“ als der Grundlage unserer utilis actio a. r. v. Dieses Eigenthum ergiebt sich nach der schlechthin übereinstimmenden Auffassung jener Autoren (mit Ausnahme *Meissner's*) daraus, „dass man nach rechtlicher Vermuthung „immer annehmen muss, der Vormund handle für seinen „Mündel, weil er von Amtswegen verbunden ist, die Gelder „der Pupillen zum Ankaufe nützlicher Grundstücke zu ver„wenden.“ [139])

Allein wenn wirklich der Vormund im r. R. in Gemässheit einer praesumtio juris et de jure in jedem Falle [140]) als Stellvertreter betrachtet, im vorliegenden sonach dem Pflegling sofort das Eigenthum, also auch die rei vindicatio directa erworben worden wäre, wozu hätte es dann noch der Gewährung einer utilis actio a. r. v. bedurft?

Glück behauptet zwar in dieser Beziehung:

1) „dass die rei vindicatio directa nur demjenigen zustehe, „der durch solche Erwerbungsart das Eigenthum acquirirt hat, „welche in dem natürlichen Rechte oder in den älteren Civilge„setzen begründet ist;“

2) „Konnte überhaupt der Vormund nach dem Grundsatze „des strengen römischen Rechtes, dass Niemand durch einen „freien Bürger geradezu Rechte erlangen konnte, seinem Pupillen „durch seine Handlungen nur eine actio utilis erwerben.“ [141])

Allein hierauf ist zu erwidern

1) dass jener in der l. 23 pr. D. de reiv. (6. 1) erwähnten

---

catio ipsi competat,“ in ähnlicher Weise hervor, wie *Carpzow* a. a. O. p. II. const. 11. def. 21: „Rei a tutore pecunia pupillari emtae dominium pupillo acquiritur, cui et propterea rei vindicatio competit.“ Dagegen sind die Worte *Müller's* (a. a. O. cap. IV. Thes. III. S. 28): „ut in electione sit ipsius aut velle rem tamquam suam aut sibi restitui pecuniam“ etc. viel eher auf „fingirtes“ Eigenthumsrecht zu beziehen.

[139]) *Glück* Comm. B. 8. S. 163.

[140]) Dagegen *Meissner* a. a. O. S. 223: „Dieser präsumtive Wille wird sich aber in hundert Fällen nicht denken lassen.“

[141]) *Glück* a. a. O. S. 163. In letzterer Beziehung ähnlich *Gesterding* Pfandr. § 20. S. 139.

Eintheilung der Eigenthums-Erwerbsarten im Justinianeischen Rechte nur noch rücksichtlich der Peregrinen Bedeutung beigelegt wurde;[142])

2) dass schon zu *Ulpian's* Zeiten durch eine persona libera geradezu Besitz- und Eigenthumsrechte erworben werden konnten.[143])

Glück geräth insbesondere bei obiger „Eigenthums"-Annahme entweder noch in Conflict mit dem Satze: „Eine Sache, Ein Eigenthum," indem er an dem ursprünglichen eigentlichen Eigenthümer ausserdem festhält,[144]) oder er pflichtet mit derselben dem von den Glossatoren aufgestellten aber keineswegs haltbaren Begriffe eines „dominium utile"[145]) bei.

Schmidt vertritt gleichfalls die Eigenthumsansicht;[146]) er beweist jedoch dieselbe keineswegs und scheint überhaupt unsere l. 2 cit. nur von einem insolventen Pfleger zu verstehen; obgleich, wie bereits erwähnt,[147]) für eine solch' exclusive Auffassung die Stelle nicht den geringsten Anhaltspunkt bietet.

Dass aber der Inhaber der utilis actio a. r. v. im Concurse auch Separationsrechte ex jure dominii geniesst, ohne, wie *Schmidt* annimmt, selbst Eigenthümer zu sein, wird von uns noch nachgewiesen werden.[148])

In der ausführlichsten Weise sucht ferner *Sprengel* die utilis actio a. r. v. aus dem Pflegling erworbenem Eigenthumsrechte abzuleiten.

Derselbe bezeichnet diese Klage in seiner bereits mehrfach

[142]) *Sintenis*: Das praktische gemeine Civilrecht B. 1. § 48 in fine. S. 478. Vergl. auch *Fastenrath* a. a. O. § 2. Anm. 24.

[143]) l. 20 § 2. D. de acq. r. dom. (41. 1). (Vergl. oben § 4 Anm. 49.)

[144]) *Glück* a. a. O. S. 159.

[145]) Näheres über diesen Begriff s. unten § 19.

[146]) *Schmidt*: Rechtliche Abhandlung von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. 1788. II. § 53. S. 131.

[147]) Vergl. oben § 6.

[148]) Siehe unten § 24.

citirten Abhandlung als vindicatio, „quae autem solum c „dominio quod tutor non sibi revera pupillo acquisivit prodire „potest" und begründet diese seine Auffassung hauptsächlich damit, „quum ipsius juris naturam mutare non potest, quod „actio ob aequitatem (utiliter) introducta erat.[149])

Hiegegen ist jedoch zu erinnern, dass sich eine utiliter d. i. mit *Sprengel* aus Billigkeit, verliehene vindicatio gar wohl ohne das Substrat wirklichen Eigenthums und zwar eben deshalb denken lässt, weil diese Klage aus Billigkeit verliehen ist. Ein Beispiel dieser Art enthält die „Publiciana in rem actio," die nicht sowohl in wirklichem Eigenthum, als vielmehr in der vom jus aequum geschaffenen Fiktion vollendeter Usucapion, d. i. in fingirtem Eigenthumsrechte ihre Grundlage hat.

Sprengel schreibt der utilis actio a. r. v. denselben Effect zu, den die rei vindicatio directa besitzt.[150])

Es ist jedoch fraglich, ob die von *Sprengel* als Argument angeführte l. 47. § 1. D. de neg. gest. (3. 5) überhaupt in Betracht kommen kann, da dieselbe nicht die Wirkung der directae und utiles actiones schlechthin gleichstellt, sondern nur die der actio negotiorum gestorum directa und utilis.

Ueberdies bleibt *Sprengel* nicht einmal consequent bei dieser Anschauung; denn er weist unserer Klage alsbald einen ganz anderen Effect dadurch zu, dass er sie als „remedium ad dominium pupilli vindicandum"[151]) oder als actio, qua dominium petitur,[152]) keineswegs aber als den im Eigenthum begründeten Anspruch auf Herausgabe der vorenthaltenen Sachen bezeichnet.

[149]) *Sprengel* a. a. O. S. 11.
[150]) *Sprengel* a. a. O. S. 11—12.
[151]) *Sprengel* a. a. O. S. 12.
[152]) *Sprengel* a. a. O. S. 33. S. 35.

Als Grund, warum dem Pflegling im vorliegenden Falle Eigenthum verliehen worden sei, macht *Sprengel* dessen hülfsbedürftige Lage dem Pfleger gegenüber geltend.[153]) Von diesem letzteren Gesichtspunkte aus haben auch wir[154]) die Einführung der utilis actio a. r. v. zu erklären versucht, keineswegs ist aber damit das dieser Klage angeblich entsprechende wirkliche Eigenthumsrecht des Pfleglings bewiesen.

Dagegen spricht das von *Sprengel*[155]) schliesslich aus der l. 3. C. arbitr. tutel. für die Eigenthumsansicht entnommene Moment eher gegen dieselbe und für die Annahme fingirten Eigenthums als der Basis unserer utilis actio a. r. v.

Die Unhaltbarkeit der erwähnten und selbst in neuester Zeit noch von Verschiedenen[156]) getheilten sog. „Eigenthumsansicht" ergiebt sich unseres Erachtens am deutlichsten aus folgenden Gründen:

1) Aus der bereits mehrmals betonten Bezeichnung unserer Klage als „utilis actio ad rem vindicandam" anstatt „rei vindi-

[153]) *Sprengel* a. a. O. S. 24—25.

[154]) Vergl. oben § 11.

[155]) Vergl. *Sprengel* a. a. O. S. 38: „nihil aliud inde dictum est, nisi: „si tutor sibi emit, hoc quoniam fidem pupillo non praestitit, ita accipien„dum est, ac si pupillo emisset. Itaque dominium rei a tutore sibi acqui„situm ipso jure pupilli est" (?!)

[156]) Vergl. *Puchta* P. § 149; *Arndts* P. § 145. Anm. 3; *Windscheid*: Die actio. S. 218. Z. 3. Vergl. dazu *Windscheid*: P. I. § 174. Z. 2. Anm. 7. Anm. 9. II. § 442. Anm. 2. *Wachter* P. § 143. S. 179. *Voigt* a. a O. II. B. § 85. 1a. u. Anm. 772. Indem *Voigt* auch für die vorwürfige Klage eine ficticische Formel aufstellt (vergl. Anm. 778) und auch von einem dem jus speciale angehörigen Rechtssatze spricht „der die Zuständigkeit des Eigenthumsrechtes selbst und folgeweise auch der rei vindicatio erweitert" (a. a. O. S. 799), neigt er sich allerdings mehr der Annahme fingirten Eigenthumsrechtes zu.

catio directa" einerseits[157]) und der eben hierin liegenden Bestätigung[158]) der Eigenthümersqualität des Pflegers andererseits.

2) Daraus, dass die l. 2. cit. insbesondere keinen Anhaltspunkt für eine translatio dominii ex tunc vel ex nunc gewährt.

3) Daraus, dass keine sonstigen, gesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind, inhaltlich welcher dem Pflegling in einem ähnlichen Falle das Eigenthum ipso jure erworben wird.[159])

4) Daraus, dass die öfters zum Beweise jener Ansicht benützte Analogie der utilis actio ad mutuam pecuniam exigendam der l. 2 cit. selbst,[160]) beziehungsweise der utilis actio ex stipulatu der l. 2. C. quando ex facto tut. vel cur. (5. 39) oder der utilis actio locati der l. 4. C. eodem,[161]) wenn sie überhaupt zulässig erscheint, eher für das Gegentheil des zu Beweisenden, nämlich dafür spricht, dass, wie die Gewährung der utilis in personam actio nur den Uebergang des Klage- und nicht des Forderungsrechtes bedeutet, auch die utilis actio ad rem vindicandam nicht als „Ausdruck" des auf den Pflegling wirklich übergegangenen Eigenthumsrechtes charakterisirt werden darf.

5) Kein Grund gegen die Richtigkeit obiger Ansicht liegt dagegen unseres Erachtens in dem öfters[162]) geltend gemachten Moment, als ob Pfandrecht und Eigenthumsrecht nicht zugleich an einer Sache bestehen könnten.[163])

---

[157]) Vergl. in diesem Sinne schon *Westphal* a. a. O. § 100. An. 120. *Dabelow* a. a. O. S. 366. *von Löhr* a. a. O. S. 143. *Sintenis.* Pfandr. § 33. S. 304. *Göschen* a. a. O. 2. B. § 234. S. 46. *Sell* a. a. O. § 16. S. 54. *Pagenstecher* a. a. O. S. 22—24. *Ihering* a. a. O. B. I. S. 328.

[158]) Vergl. *Faber* Jurispr. Pap. sc. XII. VI. XXXIII: „Si tutor vel curator, „qui sibi emit, non esset factus verus dominus, danda esset pupillo vel minori „directa rei vindicatio, quam tamen apertissime Ulpianus denegat, cum utilem „tantum concedit."

[159]) Vergl. auch *Dabelow* a. a. O. S. 365.

[160]) Vergl. *Windscheid*: Die actio, S. 218, Z. 3 u. P. I. § 174. Anm. 9.

[161]) Vergl. *Sprengel* a. a. O. S. 33—34. S. 40.

[162]) Vergl. *Faber* conj. lib. V. cap. 9. *von Löhr* a. a. O. S. 141.

[163]) Vergl. oben § 9 mit Anm. 119.

§ 14.

2. Die utilis actio ad rem vindicandam ist zu identificiren mit der Pfandklage.

Diese von *Westphal*[164]) und von *Löhr*[165]) vertretene Ansicht wird von der herrschenden Meinung[166]) fast einstimmig verworfen. Schon aus diesem Grunde glauben wir bei Widerlegung derselben uns kurz fassen zu dürfen.

I. *Westphal*, gegen dessen Ausführungen sich insbesondere *Dabelow*, *Glück* und *Sprengel* gewendet haben, gelangte unseres Erachtens zu der Annahme, dass der utilis actio a. r. v. eine stillschweigende, besondere, im Concurse mit einem Absonderungsrechte versehene Hypothek zu Grunde liege und zwar

1) zur Annahme der Insolvenz des Pflegers als Voraussetzung der besagten Klage durch eine bereits oben[167]) von uns als fehlerhaft gerügte Art der Begründung;

2) zur Charakterisirung eben dieser Klage als actio hypo-

[164]) *Westphal* a. a. O. § 100. Anm. 120.

[165]) *von Löhr* a. a. O. S. 144 u. Anm. 1. Vergl. auch *Marezoll* an demselben Orte B. I. XIX. S. 368. Man hat auch *Faber* als Vertreter dieser Ansicht namhaft gemacht. (Vergl. *Sell* a. a. O. § 90. S. 348. Anm. ** *Dernburg* a. a. O. B. 1. S. 326. Anm. 9). Im lib. V. conj. jur. civil. cap. IX. vertritt *Faber* allerdings eine derartige Auffassung. An einer anderen Stelle hinwiederum (vergl. *Faber*: Jurispr. Pap. sc. XII. VI. XXXIII.), woselbst er noch dazu jene Ausführungen als ungenau bezeichnet, finden sich dagegen Aussprüche wie „rem . . . quasi tuam vindicare" oder „si rei dominium ei acquireretur" oder „in re propria" sohin ein Schwanken zwischen der Annahme fingirten und wirklichen wahren Eigenthumsrechtes, aber keine Spur von der „Pfandrechtsansicht."

[166]) Vergl. schon *Bald. Francisci* Comm. de pign. et hypothecis c. 7. § altera p. 39 „Talis certe vindicatio magis dominii, quam pignoris jus subesse significat." — *Sprengel* a. a. O. S. 12—19. S. 28—33. *Dabelow* a. a. O. S. 360—361. *Buchholtz* a. a. O. S. 205—206. *Glück* Comm. B. 8. S. 160—163. *Fritz* Erläut. II. S. 293—295. *Sintenis*: Civilr. I. § 52. Anm. 7. S. 514. *Schmid*: Handb. § 15. S. 273—274. *Sell* a. a. O. § 90. b. S. 348. Anm. ** *Ihering* a. a. O. B. 1. S. 159. *Fastenrath* a. a. O. § 2. S. 12—13. *Puchta*: Pandekten § 149. Note m. *Vangerow* P. 1. § 332. Anm. 3. III. 2. b.

[167]) Vergl. oben § 6.

thecaria insbesondere durch eine unzulässige Identificirung des Falles der l. 2 D. quando ex facto tut. vel cur. mit den Fällen der l. 7. pr. D. qui pot. in pign. und l. 6. Cod. de servo pign. dato, indem er

a) diese beiden Stellen entgegen der ihnen eigenthümlichen allgemeinen Fassung[168]) nur auf den Vormund als Käufer[169]) und nicht zugleich auf jeglichen dritten Käufer bezog; ferner

b) voraussetzte, das die utilis actio ad a. r. v. ebenso wie das in den ll. 6. und 7. pr. cc. erwähnte Pfandrecht nur dem Pupillen und nicht zugleich auch dem Minderjährigen[170]) im prägnanten Sinne zustehe;

3) zur Ausstattung der vermeintlichen actio hypothecaria mit einem Separationsrechte im Concurse

a) augenscheinlichst durch Verkennung der den Pfandgläubigern im r. R. eingeräumten Stellung im Concurse, der zu Folge dieselben sich auf das Gantverfahren des prätorischen Edikts, auf die missio in possessionem rei servandae causa und die bonorum venditio einzulassen gar nicht genöthigt waren, vielmehr gleich den Vindikanten den Gegenstand ihres Rechtes aus der Masse ziehen und für sich verkaufen konnten.[171]) Bei dieser Lage des Pfleglings wäre die Ertheilung eines ausdrücklichen, besonderen Separationsrechtes an denselben in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger und auf Grund dieses Pfandrechtes zum Mindesten überflüssig gewesen. In dieser Beziehung ist ferner

b) noch zu erwägen, dass auch an keiner sonstigen Stelle des corpus juris von einem derartigen besonderen Separationsrechte (in Gemässheit eines Pfandrechtes) die Rede ist.

---

[168]) Vergl. oben § 9. IV. mit Anm. 120.

[169]) Dagegen insbes. auch *Sprengel* a. a. O. S. 12—18.

[170]) S. oben § 2. I.

[171]) Vergl. *Schweppe* das System des Concurses der Gläubiger. § 47. S. 78—79. *von Bayer*: Theorie des Concursprocesses nach g. R. § 18. III. *Bethmann Hollweg* Handb. des Civilprocesses. B. I. § 29. S. 318, 344. *Heffter*: System des römischen und deutschen Civilprocessrechtes. § 526. S. 641—642.

Ebensowenig als *Westphal* hat unseres Erachtens

II. *von Löhr* die Identität der utilis actio a. r. v. mit der actio hypothecaria bewiesen.

Den Ausgangspunkt seiner Argumentation bildet

1) allerdings mehr indirekt die Behauptung, dass Pfandrecht und Eigenthumsrecht nicht zugleich an einer Sache bestehen könnten.[172])

Allein die Richtigkeit dieser Rechtsregel

a) an und für sich haben wir schon früher in Abrede gestellt:[173])

b) angenommen aber auch, die Richtigkeit derselben wäre zweifellos, so kann sie gleichwohl nicht auf den vorliegenden Fall, auch nicht mit *von Löhr* als Gegenargument angewendet werden. Denn auf diese letztere Weise wäre die „sog. Eigenthumsansicht" ad hoc, d. i. zum Behufe der Gegenbeweisführung gebilligt, unseres Erachtens aber gebricht es im vorliegenden Falle schlechthin und in jeder Beziehung am wirklichen Eigenthum des Pfleglings.[174])

2) Durch die Unmöglichkeit die Worte der l. 3 cit.: „eligo utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse", mit der der utilis actio a. r. v. angeblich zukommenden Natur einer Pfandklage in Einklang bringen zu können, sah sich *von Löhr*,[175] wie uns scheint, zu der bereits früher[176] von uns zurückgewiesenen Annahme einer Singularität im Falle jener Codexstelle gezwungen.

3) Gegen die *von Löhr*'sche Ansicht ist insbesondere nochmals darauf zu verweisen, dass die Specialpfandklage in Gemässheit der ll. 6. 3. pr. 7. pr. cc. nur dem Pupillen, die utilis actio a. r. v. dagegen auch dem „minor" im prägnanten Sinne zusteht.[177])

[172]) *von Löhr* a. a. O. S. 141—142.

[173]) Vergl. oben § 9. IV. mit Anm. 119. Dazu oben § 13 in fine.

[174]) Vergl. oben § 13 in fine. Z. 1—5. Ferner *Fritz* Erläuter. II. S. 295. *Schulin* a. a. O. S. 175.

[175]) S. oben § 4 mit Anm. 51.

[176]) S. oben § 4 in fine.

[177]) Vergl. oben § 2 I. Vergl. auch *Fustemaré* a. a. O. § 2. S. 12—13.

III. Ein Hauptargument gegen obige Ansicht ergiebt sich unseres Erachtens auch daraus, dass die actio hypothecaria zwar an manchen Stellen auch mit dem Namen „vindicatio" belegt,[178]) nirgends aber „utilis vindicatio," geschweige denn „utilis actio ad rem vindicandam" genannt ist.[179]) Nachdem das besagte Pfandrecht gesetzlich fundirt ist, wäre sicherlich kein Grund vorhanden gewesen, die sich hieraus ergebende Pfandklage nur utiliter, nicht sofort direkt im vorliegenden Falle zu gewähren.[180])

§ 15.

3. Die utilis actio ad rem vindicandam = einem Absonderungs-Antrage im Concurs.

(*Dabelow*'sche Ansicht.)

Bei Widerlegung der *Westphal*'schen Ansicht gelangt *Dabelow* theilweise unter dem Einflusse der letzteren zu einer höchst eigenthümlichen Beurtheilung der utilis actio a. r. v.

Er erblickt in den Fällen der ll. 8. C. de reivind., 55 D. de don. i. v. et ux., 2 D. quando ex fact. tut. vel cur. eine von den im r. R. anerkannten eigentlichen und quasi Separationsfällen abweichende Art von Separation[181]) und bezeichnet speciell die besagte utilis actio a. r. v. des Pfleglings als „Antrag auf Absonderung dieser Sachen, die der Vormund oder Curator auf eigenen Namen mit dem Gelde des Pupillen oder Curanden erkauft hat",[182]) als „eine Imploration auf Absonderung".[183])

Den Nachweis der Richtigkeit dieser Ansicht hat aber *Dabelow* unseres Erachtens[184]) keineswegs geliefert, denn unbewiesen und unbeweisbar erscheint

[178]) Vergl. l. 16. § 3. D. de pign. (20. 1) § 15. Inst. de action. (4. 6), l. 25. D. de obl. et act. (44. 7). An diesen beiden letzteren Stellen aber nur insoferne, als die hypothekarische Klage zu den dinglichen überhaupt zählt.

[179]) Vergl. *Dabelow* a. a. O. S. 361. *Glück* Comm. B. 8. S. 161.

[180]) Vergl. *Sprengel* a. a. O. S. 32.

[181]) *Dabelow* a. a. O. S. 358. S. 361.

[182]) *Dabelow* a. a. O. S. 365.

[183]) *Dabelow* a. a. O. S. 367.

[184]) Vergl. auch *Sprengel* a. a. O. S. 19—28.

1) die von *Dabelow* aufgestellte Behauptung, dass die l. 2. cit. einen insolventen Pfleger voraussetze;[185]) desgleichen

2) die Behauptung, „dass die Gesetze dem Pupillen auf die vom Vormunde mit seinem Gelde erkauften Sachen kein Pfandrecht beilegen“;[186])

3) die von *Dabelow* sub 1 und b[187]) zum Beweise seiner Ansicht hervorgehobenen Momente enthalten zwar, wie bereits erwähnt,[188]) gewichtige Gründe gegen die Annahme eines ipso jure sich vollziehenden Eigenthumserwerbes, nicht aber für die Richtigkeit obiger Anschauung.

Jene angebliche „Imploration auf Absonderung, indem der Pupill wegen seines Geldes nur blos gedeckt werden soll“, bedeutet genau genommen nichts anderes als ein Absonderungsrecht ex jure crediti.

Auf ein solches Recht ist jedoch die geradezu „utilis actio ad rem vindicandam“ genannte Klage nicht zurückzuführen.

§ 16.

4. Die utilis actio ad rem vindicandam beruht auf fingirter Cession der Eigenthumsklage.

(quasi cessa rei vindicatio.)

(*Dernburg*'sche Ansicht.)

Eine derartige, von *Buchholtz*[189]) und *Fritz*[190]) nur kurz angedeutete Beurtheilung unserer Klage liegt den weiteren Aus-

[185]) *Dabelow* a. a. O. S. 364—365. Dagegen siehe oben § 6.

[186]) *Dabelow* a. a. O. S. 365. Dagegen siehe oben § 9.

[187]) *Dabelow* a a. O. S. 365. Z. 1: „In keinem Gesetze ist verordnet „worden, dass der Pupill oder Curande an solchen Sachen, die der Vormund „oder Curator auf seinen eigenen Namen, aber nicht mit dessen Gelde erkauft „hat, das Eigenthum ipso jure erwerben soll.“ b) (a. a. O. S. 366): „Die l. 2. „D. quando ex facto tutor. legt dem Pupillen blos eine utilis actio ad rem vin„dicandam bei. Wozu würde es hier einer utilis actio bedurft haben, wenn der „Pupill sogleich das Eigenthum an den mit seinem Gelde erkauften Sachen „erworben hätte?“

[188]) Vergl. oben § 13 in fine. Z. 3. Z. 1.

[189]) Vergl. *Buchholtz* a. a. O. S. 206.

[190]) *Fritz* Erl. II. S. 294.

führungen *Dernburg's*.[191]) wohl auch *Vangerow's* Bemerkungen[192]) zu Grunde.

I. Die *Dernburg*'sche Argumentation beruht jedoch unseres Erachtens

a) auf der unrichtigen Voraussetzung, als ob die l. 2. cit. von einer mancipatio handle;[193])

b) auf der gleichfalls von uns zurückgewiesenen Annahme, dass *Ulpian* aller Wahrscheinlichkeit ein Fall vorgeschwebt, „in welchem der Vormund ein Grundstück für den Mündel durch Mancipation erworben hatte;“[194])

c) auf der weiteren, für uns nach den bisherigen Ausführungen an und für sich schon unhaltbaren, insbesondere aber von *Schulin*[195]) in sehr treffender Weise widerlegten Hypothese, dass der Vormund mancipirt erhalten habe, „ohne dass die Tradition sofort folgte.“

Sowohl nach vorjustinianeischem als nach heutigem Rechte sind unseres Erachtens die Worte der l. 2 cit.: in nomen

[191]) *Dernburg* a. a. O. S. 325—326.

[192]) *Vangerow* P. I. § 332. Anm. 3. III. 2b u. S. 651. Es geht diese Ansicht *Vangerow's* daraus hervor, dass er die utilis actio mit dem Erlöschen des Eigenthums in der Person des Erwerbers erlöschen lässt, und insbesondere nicht gegen dessen Singularsuccessoren verstattet. Auch *Windscheid* P. I. § 174. Anm. 9 schreibt *Vangerow* diese Meinung zu.

[193]) *Dernburg* a. a. O. S. 326. Dagegen siehe oben § 4. — Insoweit *Schmid*: Grundlehren der Cession. B. I. § 40. Anm. 30. S. 401 auf dieselbe Weise zur gleichen Beurtheilung unserer Klage für das vorjustinianeische Recht gelangte, gilt das im Text Bemerkte auch gegen ihn.

[194]) *Dernburg* a. a. O. S. 326. — Dagegen siehe oben § 4. — In der l. 3. cit. sieht dagegen auch *Dernburg* a. a. O. S. 327 mit der herrschenden Ansicht (vergl. oben § 4 Z. 2) nur einen dolos handelnden Vormund.

[195]) *Schulin* a. a. O. S. 166: „Aber ganz abgesehen davon, dass in dieser „Weise die betreffende Stelle als Theil der Pandekten unmöglich mehr interpretirt werden könnte, leidet diese Interpretation an innerer Unwahrscheinlichkeit. „Die Worte: „in nomen suum emerit“ allein können nie so verstanden werden, „es müsste, wenn jene Interpretation richtig wäre, eine lange Geschichtserzählung „aus der Stelle ausgemerzt sein; etwa mancipioque acceperit, sed ea ei tradita „nondum fuerint, ganz abgesehen, dass es ja gar nicht feststeht, dass *Ulpian* „von einem praedium italicum redete“ .... in letzterer Beziehung vergl. oben § 4.

suum emerit," bezw. der l. 3 cit.: „sibi praedium comparavit" nicht blos auf den Abschluss eines Kaufcontractes, sondern auch auf die Erfüllung desselben durch Tradition zu beziehen.

Es spricht dafür einmal der Umstand, dass auch an anderen Stellen[196]) von einem „emere" mit der Wirkung des Eigenthumserwerbes die Rede ist; ferner dass ein Pfleger, mag er als Ersatzmann, oder dolos für sich gehandelt haben, schwerlich den Kaufpreis entrichtet, ohne sich zugleich tradiren zu lassen.[197])

Hat keine Tradition stattgefunden, so ist zum Mindesten nach heutigem Rechte der Pfleger nicht Eigenthümer an den Grundstücken (bezw. Mobilien) geworden, und es fehlte somit auf Seiten desselben an einer rei vindicatio directa, die durch fingirte Cession auf den Pflegling hätte übertragen werden können: es würde sich höchstens von der Uebertragung einer actio emti als utilis actio emti haben reden lassen.[198])

In Gemässheit der *Dernburg*'schen Ansicht wäre sonach der utilis actio a. r. v. nur mehr historische Bedeutung beizulegen, eine Consequenz, die wie uns scheint, *Schmid* dazu veranlasste, diese Klage für das Justinianeische Recht nicht mehr auf fingirte Cession, sondern auf fingirtes Eigenthum zurückzuführen.[199])

II. Gegenüber der Charakterisirung der utilis actio a. r. v. als quasi cessa vindicatio[200]) kommt unseres Erachtens über-

---

[196]) Vergl. z. B. l. 1. § 4. D. de reb. eor. (27. 9).

[197]) Vergl. *Ihering* a. a. O. I. S. 154.

[198]) Vergl. *Ihering* a. a. O. S. 154—155.

[199]) Vergl. *Schmid* Grundl. d. Cession. I. § 40. Anm. 30. S. 401. Ueber den Unterschied zwischen fingirter Cession des dinglichen Klagerechtes und fingirtem Eigenthumsrechte. Vergl. in treffendster Weise ebenfalls *Schmid* a. a. O. II. § 33. S. 337—339.

[200]) Eine solche Auffassung der Klage findet sich auch bei *Brinz* Pand. 2. Aufl. B. I. §. 90 u. Anm. 15. S. 299—300; vergl. aber *Brinz* a. a. O. B. II. § 216 u. Anm. 12. S. 29 u. *Brinz* im Band XVI. der kritischen Vierteljahrsschrift. S. 251—255. — *Waechter* P. § 143. S. 178 hält insbesondere l. 3. C. (arb. tutel.) mit solcher Erklärung für unvereinbar.

haupt der Umstand in Betracht, dass sich dieselbe vorzüglich, wenn auch keineswegs ausschliesslich, als Klage gegen den Pfleger, d. i. gegen den Eigenthümer darstellt; dass aber ein derartiges Ziel eine „quasi cessa vindicatio" um deswillen nicht verfolgen kann, weil der Inhalt auch einer cedirten dinglichen Klage sich nach dem Inhalte und der Natur der Klage in der Person des ursprünglichen Inhabers derselben bemisst, die Anstellung der Eigenthumsklage aber gegen den Eigenthümer, d. i. gegen sich selbst undenkbar erscheint.[201])

In an und für sich logischer Consequenz jener Auffassung gelangt deshalb unseres Erachtens *Dernburg* dazu, die Klage gegen den Vormund überhaupt nicht, gegen Dritte nur „so lange sie" (die Sache) „dem Vormunde eigenthümlich zugehört" zu verstatten und insbesondere „bei Veräusserung der Sache durch den Vormund" auch die Vindikation erlöschen zu lassen,[202]) während *Vangerow* sie zwar auch nicht gegen den Singularsuccessor, wohl aber gegen denjenigen verstattet, „welcher mit unserem Gelde Sachen angeschafft hat," d. i. im vorliegenden Fall gegen den Pfleger (Eigenthümer).

Diese letztere Richtung ist nun aber, wie bereits erwähnt, mit der Natur einer „quasi cessa vindicatio," obige Beschränkung dagegen mit dem der Einführung der Klage zu Grunde liegenden Prinzipe unvereinbar.

§ 17.

5. Die utilis actio ad rem vindicandam ist die mit einem ausserordentlichen Formelzusatze versehene Publiciana in rem actio.

(*Schulin*'sche Ansicht.)

Insoweit *Schulin* auch die utilis actio a. r. v. auf eine fingirte Stellvertretung zurückführt und dabei ausdrücklich

---

[201]) Vergl. *Ihering* a. a. O. S. 162. *Waechter* P. § 143. S. 178.

[202]) Inconsequent ist dagegen allerdings, dass *Dernburg* a. a. O. S. 326 die Klage „etwa auch gegen die Concursmasse des Vormundes" anstellen lässt. Vergl. hiegegen auch *Waechter* P. § 143. S. 178.

hervorhebt, dass in Folge dieser Fiction der Vertretene keineswegs Eigenthümer ward, sondern nur wie ein Eigenthümer geschützt wurde,[203]) sind wir mit demselben im Resultate wenigstens, wie wir hier vorgreifend bemerken wollen, vollständig einverstanden.

Die Fiction selbst werden wir allerdings anders zu fassen haben, nachdem wir die l. 2. cit. nicht mit *Schulin* sowohl vom böswillig für sich, als auch vom als Ersatzmann handelnden Pfleger, sondern nur im ersteren Sinne verstanden haben.

Wenn nun aber *Schulin* die in der ll. 2 D. quando ex facto tut. vel cur., 8 C. de rei vind., 55. D. de don. i. v. et. ux. erwähnten „utiles" actiones überhaupt und speciell unsere utilis actio a. r. v. mit der in der l. 7. § 10. D. de Publ. in rem act. (6. 2) erwähnten publicianischen Klage dadurch zu identificiren sucht, dass er die Formel der letzteren mit einem „ausserordentlichen jene Fiction enthaltenden Formelzusatz"[204]) versieht, so halten wir dieses Vorgehen keineswegs für gerechtfertigt.

Denn vor Allem ist hier

1) die schon mehrfach[205]) aufgeworfene Frage in's Auge zu fassen, ob nämlich die Publiciana in rem actio in allen Fällen begründet ist, wo Eigenthum fingirt wird.

Uns will es scheinen, als ob die Publiciana in rem actio nur möglich war auf Grund einer Gattung fingirten Eigenthumsrechtes, das sich ergiebt aus der Fiction vollendeter Usu-

---

[203]) Vergl. *Schulin* a. a. O. S. 160—161. S. 174—175.

[204]) *Schulin* a. a. O. S. 161—162.

[205]) Vergl. *Windscheid:* P. I. § 174. Anm. 9. insbesondere: *Brinz:* kritische Vierteljahrsschrift. XVI. S. 254: „Dass die Fiction hier in der That dahin gehe, „als ob der Vormund, Soldat, Ehemann für den Mündel gekauft und tradirt „erhalten habe, kommt auch uns nicht unwahrscheinlich vor und ist durch „l. 7. § 10. D. Publ. 6, 2. ermöglicht; allein war auf Grund solcher Unter„stellung nicht allenfalls auch rei vindicatio oder eine sowohl von rei vindicatio „als Publiciana abweichende formula möglich?"

capion[206]) und dass Klagen, wie die oben benannten, dass insbesondere die utilis actio a. r. v. der l. 2 cit., welche Stelle nicht die geringste Andeutung einer unterbrochenen Usucapion oder der publicianischen Klage enthält, nicht schon um deswillen von der publicianischen Klage zu verstehen sei, weil sie ebenfalls auf der Fiction eines Eigenthumserwerbes beruht.

2) Abgesehen von dem sub 1) Bemerkten ist es an und für sich höchst unwahrscheinlich, dass die vorwürfige utilis actio a. r. v. in die Formel der publicianischen Klage gekleidet sein musste, nachdem in der täglichen Jurisdiction auch ohne edictsmässige Festsetzung actiones ficticiae, somit ein grosser Bruchtheil der utiles actiones überhaupt, bei gar vielen Anlässen hergerichtet wurden,[207]) und ferner die insbesondere von *Brinz*[208]) angeregte Frage noch unentschieden ist.

§ 18.

6. Die utilis actio ad rem vindicandam vom Standpunkte der *Ihering*'schen „Theorie der rei vindicatio utilis."

Wie bereits Eingangs bemerkt, hat *Ihering* verschiedene von einer „vindicatio utilis" u. s. w. handelnde Gesetzesstellen, darunter auch die l. 2. D. quando ex facto. tut. vel cur., bezw.

---

[206]) Vergl. *Gajus* Inst. lib. IV. 36. — Vergl. auch *Brinz* a. a. O. S. 251 bis 252: „Die Frage, ob nicht etwa umgekehrt die Fiction der Usucapion und damit „die Publiciana nur da verwilligt worden sei, wo es dem Kläger aus keinem „anderen Grunde, als weil er die Usucapion nicht vollendet, das Eigen„thum abging, so dass . . . . . diese Frage wird nicht aufgeworfen, obwohl „sie aus Gründen der Vernunft und Zweckmässigkeit scheint aufgeworfen werden „zu müssen." —

[207]) *Keller:* Der römische Civilprocess. § 31. S. 120.

[208]) *Brinz* a. a. O. S. 254—255: „Ueberhaupt bleibt die Frage übrig, ob „nicht ebenso wie die Publiciana und Pauliana specifisch formulirte und be„nannte utiles vindicationes sind, für die anderen nur nicht eigennamig gewor„denen utiles vindicationes etwa gruppenweise besondere von der Publiciana „z. B. durch Weglassung der Usucapionsfiction abweichende Formulare „vorlagen, so dass dieselben ebensowenig als publicianische wie als direkte „Vindikationen zu denken wären?" — Vergl. gegen *Schulin* insbesondere noch: *Huschke:* Das Recht der publicianischen Klage. S. 33 ff.

die l. 3. C. arbitr. tutel. zur Construction einer Theorie[209]) der rei vindicatio utilis benützt.

Dieselbe gliedert sich in folgende Sätze:

1) Die rei vindicatio utilis ist eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage.[210])

2) Sie ist auf die Eigenthumsübertragung entweder schlechthin oder nur eventuell gerichtet.[211])

3) Sie ist nur gegen den zur Eigenthumsübertragung (schlechthin oder eventuell) verpflichteten Eigenthümer gerichtet.[212])

4) Die rei vindicatio utilis bezweckt nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage.[213])

5) Die rei vindicatio utilis ist eine auf die einzelnen gesetzlichen Fälle beschränkte, privilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs.[214])

Zu untersuchen, ob und in wie weit das gesammte von *Ihering* seiner Theorie zu Grunde gelegte Quellenmaterial dieselbe rechtfertigt, kann als zuweitgehend unsere Aufgabe nicht sein.

Uns obliegt vielmehr an dieser Stelle nur die Prüfung, ob speciell die ll. 2. u. 3. cc. für die *Ihering*'sche Ansicht Belege bilden oder anders ausgedrückt, ob die vorerwähnten Thesen auf die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings Anwendung finden können.

1) Zum Beweise des sub 1) angeführten, für alle in Betracht gezogenen Fälle, somit auch für die utilis actio a. r. v. des Pfleglings, angeblich massgebenden Satzes bezieht sich *Ihering* einmal auf die Worte der l. 1. C. de don. quae sub

---

[209]) *Ihering* Jahrb. f. Dogm. Band I. S. 120—176. Vergl. auch a. a. O. Band X. S. 517. ff.

[210]) *Ihering* a. a. O. S. 158.

[211]) S. 160.

[212]) S. 161.

[213]) S. 168.

[214]) S. 175.

modo (8. 55): vindicationem utilem, i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur, ausserdem auf die „ganze Structur" der Klage.[215])

Ganz abgesehen von den wohl berechtigten Zweifeln, die man gegen eine derartige Interpretation der Worte: „qua dominium pristinum restituatur" überhaupt hegen kann,[216]) ist deren Anwendung auf den vorliegenden Fall schon um deswillen ausgeschlossen, weil der Pflegling niemals vorher Eigenthümer der vom Pfleger mit seinem (des Pfleglings) Gelde angeschafften Grundstücken gewesen ist, und ihm somit auch nicht eine angeblich auf Rückübertragung des früheren Eigenthums gerichtete Klage hätte verliehen werden können.[217])

Was ferner den Beweis aus der ganzen Structur der Klage anlangt, so spricht der speciell mit den Worten: „utilis actio ad rem vindicandam" angedeutete Bau der Klage eher gegen *Ihering's* Auffassung.

Ein Beweisgrund für die Richtigkeit der 1. These ergiebt sich nach *Ihering's* Auffassung insbesondere auch daraus, dass die rei vindicatio utilis in Verbindung mit Klagen erscheint, „die sonst in einem ausschliessenden Verhältniss zum Eigenthum stehen,"[218]) d. i. in concreto mit der actio hypothecaria.

Dieser Umstand verdient aber unseres Erachtens keine Berücksichtigung, da *Ihering* bei dieser Schlussfolgerung, in ähnlicher Weise wie *von Löhr*, die quellenmässigen[219]) Fälle übersieht, in welchen dem Eigenthümer die actio hypothecaria zusteht,[220]) ganz abgesehen davon, dass es sich im vorliegenden Fall um wirkliches Eigenthum gar nicht handelt.

---

[215]) *Ihering* a. a. O. S. 158.

[216]) Vergl. *Windscheid:* Die actio. S. 217. Dazu *Kindervater* a. a. O S. 341.

[217]) Vergl. *Kindervater* a. a. O. S. 341.

[218]) *Ihering* a. a. O. S. 159.

[219]) S. oben § 9. IV. mit Anm. 119.

[220]) Vergl. auch *Kindervater* a. a. O. S. 360.

2) Die sub 2) erwähnte These kann für uns nach obigen Ausführungen nicht weiter in Betracht kommen.

3) Die Frage, ob und in wie weit die vorgenannte 3. These auf die utilis actio a. r. v. Anwendung finde, lässt sich am Besten im Zusammenhange mit der unten ex professo anzustellenden Untersuchung über die „Richtung der Klage" beantworten.[221])

4) Indem *Ihering* einerseits als Zweck der rei vindicatio utilis überhaupt, somit auch der utilis actio a. r. v., die „Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage" in der 4. These bezeichnet und dabei als Vortheile, die sie im Vergleiche mit einer persönlichen Klage darbot, das arbitrium de restituendo bezw. das indirekte Zwangsmittel des juramentum in litem und die bevorzugte Stellung eines Vindikanten im Concurse namhaft macht:[222]) andererseits dieselbe „als eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage" auffasst,[223]) deren Inhaber „zur Sache in keinem anderen Verhältniss steht, als jeder Käufer bevor ihm die Sache tradirt ist,"[224]) von einer „obligatorischen Tendenz der Klage"[225]) spricht und sie eine „vortheilhaftere Form der Geltendmachung einer Obligation"[226]) nennt oder eine „Begleiterin oder Dienerin einer Obligation:"[227]) verwickelt sich derselbe auch unseres Erachtens[228]) in einen unlöslichen Widerspruch.

Ihering hätte zum Mindesten nachweisen müssen, dass die Römer die rei vindicatio utilis in allen übrigen Beziehungen

---

[221]) S. unten § 21.

[222]) *Ihering* a. a. O. S. 168—170.

[223]) S. 158.

[224]) S. 159.

[225]) S. 167.

[226]) S. 172.

[227]) S. 167.

[228]) Vergl. *Arndts* P. § 145. Anm. 3. „Zwar macht *Ihering* (Jahrb. für „Dogm. I. S. 158 ff.) aus der rei vindicatio utilis in diesen" (er meint die l. 2. D. quando ex fact. tut. vel cur. l. 8. C. de rei vind., l. 55. D. de don. i. v. et. ux) „und „andern Falls ein eigenthümliches Zwitterding von persönlicher und dinglicher

mit Ausnahme des Concurses und des juramentum in litem als persönliche Klage behandelt haben. Ein derartiger Nachweis aus den Quellen scheint jedoch unmöglich,[229]) insbesondere unmöglich bezüglich der utilis actio a. r. v., nachdem die schlechthin dingliche Natur dieser Klage mit den Worten der l. 2 cit. „ad rem vindicandam" geradezu als solche gekenntzeichnet und diese Charakterisirung durch die zweifellos gegensätzliche Verbindung der utilis actio ad rem vindicandam mit der utilis actio ad pecuniam exigendam in der gleichen Digestenstelle bestätigt wird.

Als schlechthin dingliche Klage hat die utilis actio a. r. v. auch die Eigenschaft einer arbitraren Klage, nicht aber, wie *Ihering* zu glauben scheint, (abgesehen vom Concurs) blos qua arbitraria actio die Eigenschaft einer dinglichen.

Allerdings ist aber ein Haupteinführungs- oder, um mit *Voigt*[230]) zu reden, das „Bildungsmotiv" der dinglichen Klage hauptsächlich in dem Bestreben zu erblicken, den Pfleger als Beklagten durch das arbitrium de restituendo zur Herausgabe (keineswegs aber zur „Rückgabe"[231]) der widerrechtlich in seinen Besitz gelangten Objecte, d. i. zur Besitzeinräumung an den Kläger zu veranlassen.[232])

Ebensowenig können der rei vindicatio utilis blos für den Fall des Concurses die Vortheile der dinglichen (Eigenthums-) Klage zugeschrieben werden.

Auf den Widerspruch, in den sich *Ihering* durch die

„Klage, eine verstärkte oder gesteigerte persönliche Klage gegen den Eigen-
„thümer auf Uebertragung des Eigenthums. Aber diese neue Theorie der utilis
„rei vindicatio scheint mir weder quellenmässig begründet, noch an sich beifalls-
„würdig." [...] Vergl. auch *Waechter* P. § 143. S. 178. Ferner *Voigt* a. a. O. § 85. Anm. 770; nach dessen Ausspruch die 4 These „an Unklarheit, wie an „Verkennung der historischen Motive für Constituirung solcher Klagen leidet." Vergl. auch *Brinz* P. II. § 216. S. 29—30.

[229]) Vergl. *Kindervater* a. a. O. S. 340, S. 347 ff.

[230]) *Voigt* a. a. O. § 87. S. 828.

[231]) So *Ihering* a. a. O. S. 171. Dagegen siehe oben ad 1 mit Anm. 217.

[232]) Vergl. oben § 11.

gegentheilige Ansicht mit seinen sonstigen Ausführungen setzt, macht *Kindervater* in höchst treffender Weise mit folgenden Worten aufmerksam: „Wenn die rei vindicatio utilis nur eine Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruches ist, wie kann dann dem mit derselben Auftretenden die bevorzugte Stellung eines Vindikanten gewährt werden, welche allein im Eigenthumsrechte ihren Grund hat?“ [233])[234])

5) Für die letzte These, insoweit in derselben auch die utilis actio a. r. v. als privilegium charakterisirt wird, haben wir uns schon oben erklärt.[235])

Die *Ihering*'sche Theorie ist im Ganzen und Grossen und insbesondere auch in ihrer Anwendbarkeit auf die vorwürfige Klage von *Jacobi*.[236]) *Fastenrath*[237]) und neuerdings von *Hartmann*[238]) adoptirt worden. Das von uns gegen *Ihering* Bemerkte gilt deshalb in der Hauptsache auch gegen dessen eben genannte Anhänger.

§ 19.

7. Die utilis actio ad rem vindicandam hat ihren Grund in fingirtem Eigenthum.

Nicht zu verwechseln mit dem Begriffe des fingirten Eigenthumsrechtes ist das insbesondere von den Glossatoren im Gegensatze zum dominium directum aufgestellte sog. „dominium utile,“ womit dieselben das Recht desjenigen bezeichneten, der nicht directa, sondern nur utilis petitio rei habe;[239])

---

[233]) *Kindervater* a. a. O. S. 349.

[234]) Vergl. auch *Waechter* P. § 143. S. 178.

[235]) Vergl. oben § 1 mit Anm. 4

[236]) *Jacobi*: Der Rechtsbegriff der Bereicherung in *Ihering's* Jahrb. f. Dogm. B. IV. S. 159. S. 230. Anm. 82.

[237]) *Fastenrath* a. a. O. § 2. S. 8—14. § 12. S. 62.

[238]) *Hartmann*: Die Obligation-Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 2. Abschnitt. § 2. S. 133—134. S. 148. Mit Recht dagegen insbesondere *Brinz*: P. II. § 216. S. 29—30, insoferne derselbe fingirtes Eigenthumsrecht als Boden der utilis actio a. r. v. geltend macht. Näheres über die Begründung einer derartigen Auffassung überhaupt s. u. § 19.

[239]) Vergl. *Windscheid* P. I. § 169 a. Anm. 9.

es liegt sonach den Aussprüchen des *Accursius*[240]) wie „nec sunt in veritate suae," oder des *Bartolus*[241]) „non est vere pupilli, licet posset eam vindicare utili vindicatione" die in der Glosse ad l. 55 D. de don. i. vir. et. ux. nachgerade ausdrücklich[242]) hervorgehobene Auffassung eines „dominium utile" zu Grunde, keineswegs aber die Annahme fingirten Eigenthumsrechtes.

Die Grundlosigkeit eines derartigen „dominium utile" im r. R. wird seit *Thibaut* allgemein anerkannt.[243])

Dagegen findet man heutzutage noch die Bezeichnung „utile dominium," allerdings für ganz andere Begriffe; so erblickt z. B. *Schmid*[244]) den Grund der vorwürfigen Klage in fingirtem Eigenthum des Pfleglings, bezeichnet aber dasselbe an der gleichen Stelle als sog. „utile dominium," den Pflegling als „dominus utilis."

Nur ein solches „dominium utile" kann an dieser Stelle für uns in Betracht kommen.

Von älteren Juristen neigt insbesondere schon *Donellus* einer Ableitung der utilis actio a. r. v. aus fingirtem Eigenthumsrechte des Pfleglings zu,[245]) während in der neueren Zeit

[240]) Glosse ad l. 7. pr. D. qui potiore in pign. Vergl. oben § 13 mit Anm. 136.

[241]) *Bartolus* ad l. 7. pr. D. qui pot. in pign. Vergl. oben § 13 mit Anm. 135.

[242]) Zum Worte „prohibet" der l. 55. cit. bemerkt die Glosse: „Et no speciale, q. res emta ex mea pecunia, sit mea utiliter saltem."

[243]) Vergl. *Windscheid* P. I. § 169 a. Anm. 9. *Arndts* P. § 134. Anm.

[244]) *Schmid*: Grundl. der Cession. II. § 33. S. 337—338.

[245]) Donellus Tomus VIII. ad l. 6. C. si quis sibi vel alteri (4. 50) S. 1089. 8. „Quibusdam personis, quarum pecunia res emta est, tribuitur in rem actio „utilis, ut effectu pro dominis habeantur, quasi re illis quaesita." „Haec tribuitur militi . . . „Tribuitur item minoribus XXV annis" . . (l. 2. D. quando ex fact. tut. vel cur.) (l. 3. C. arbitr. tutel.) Vielleicht auch *Topp*, indem derselbe a. a. O. § X S. 7 von einer Eintheilung des dominium in „dominium ordinarium vel ordinario modo per hominem acquisitum vel fictum, aut a legibus datum" spricht und im darauffolgenden § XI S. 8 die utilis rei vindicatio

diese Ansicht vielfach, am Ausführlichsten und Gründlichsten durch *Kindervater* vertreten wird.[216]) Für die Beurtheilung dieser Ansicht kommen unseres Erachtens folgende Momente in Betracht:

1) dass wohl die meisten der utiles actiones im r. R. überhaupt durch Fiction nutzbar gemachte direkte civile Klagen repräsentiren,[217]) indem durch die Fiction diejenigen Voraussetzungen geschaffen wurden, die, wenn wirklich vorhanden, die Zuständigkeit der actio directa zur Folge gehabt hätten;

2) dass in Sonderheit das die Quelle der utilis actio a. r. v. bildende jus aequum meistens in Fictionen zum Ausdruck kam;

3) dass in den wenn überhaupt, dann noch am Ehesten mit dem casus der l. 2 cit. vergleichbaren Fällen der ll. 8. C. de reiv, 55 Dig. de don. i. v. et. ux. bezw. der 30 C. de jur. dot. und der nov. 136. cap. III. nachgerade von einer „utilis vindicatio" „in rem utilem in ipsas res accommodare," bezw. von „in rem actionem, quasi in hujusmodi rebus propriis habere" und von „licet haec tamquam sua vindicare" die Rede ist;

4) dass durch die Worte der l. 3 cit.: „elige utrum malis in emtione negotium tibi cum gessisse" dem Pflegling sich als Eigenthümer zu betrachten gestattet und sonach eine diesbezügliche Fiction ermöglichet ist, während es an den Voraussetzungen einer negotiorum gestio in concreto gebricht; endlich

---

überhaupt definirt: als „actio realis non ex ordinariis modis acquirendi et facto hominis nata, sed data a legibus propter dominium ob aequitatem tributum."

[216]) *Kindervater* a. a. O. S. 337—364. Vergl. ausserdem in mehr oder minder bestimmter Weise: *Goeschen*: Vorlesungen. II. § 234. Z. 3. *Rudorff*: Das Recht der Vormundschaft. II. § 129. S. 325. *Sell* a. a. O. § 16. S. 54. *Sell* a. a. O. § 90. S. 347—349. *Schmid*: Handbuch. § 15. S. 271—273. *Schmid*: Grundl. der Cession. I. § 40. Anm. 30. S. 401. II. § 33. S. 337—339. *Brinz*: P. II. § 216. S. 29—30; *Sintenis*: Das pr. g. Civilrecht. § 52. S. 514. Anm. 7. *Sintenis*: Pfandr. § 33. S. 304. *Huschke* a. a. O. S. 36.

[217]) Vergl. *Mühlenbruch*: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. § 15. S. 140—141. S. 143 u. Anm. 240.

5) dass die vorwürfige Klage in der l. 2 cit. geradezu als utilis actio ad rem vindicandam" bezeichnet wird.

Fasst man alle diese Momente zusammen, so wird man in der That, ohne fehl zu gehen auch im vorliegenden Falle an eine durch Fiktion nutzbar gemachte rei vindicatio directa, d. i. an eine utilis vindicatio zu denken haben, welche ihren Grund hat in „fingirtem Eigenthum."

Bei dieser Anschauung bleibt die dem Pfleger nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in concreto gebührende Eigenthümersqualität[248]) gewahrt; insbesondere wird, da der Pflegling sich nur wie ein Eigenthümer zu benehmen, „geriren" und in Folge dessen, wie *Sell* mit Recht unseres Erachtens hervorhebt,[249]) die utilis actio a. r. v. anzustellen vermag, ohne jedoch selbst Eigenthümer zu sein, jeglicher Conflict mit dem Satze: „Eine Sache, Ein Eigenthum" vermieden.

Was nun jenen ficticischen Zusatz zur rei vindicatio directa anlangt, so wird auch unseres Erachtens[250]) der Gesichtspunkt der Stellvertretung durch denselben zum Ausdruck gelangt sein.

Einen wichtigen und nicht zu unterschätzenden Beleg dafür finden wir in den Worten der l. 3 C. arbitr. tut.: „elige utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse."

In Gemässheit der unseres Erachtens ausschliesslich zulässigen Beziehung sowohl der l. 2 cit. als der l. 3 cit. auf einen für sich („sibi") auf eigenen Namen und in eigenem Interesse handelnden Pfleger[251]) sind wir nun aber keineswegs, wie *Kindervater* und *Schulin.* genöthigt, einen doppelten Inhalt der Fiktion anzunehmen, dergestalt, dass im Falle der l. 2. cit. der als „Ersatzmann," im Fall der l. 3 cit. dagegen auch der dolos handelnde Pfleger als Stellvertreter angesehen

[248]) Vergl. oben § 11 mit Anm. 128.

[249]) *Sell* a. a. O. § 90. S. 347. Vergl. dagegen *Ihering* a. a. O. S. 121. Anm. 10.

[250]) Vergl. *Kindervater* a. a. O. S. 353—354. *Schulin* a. a. O. S. 160, 162, 174. *Brinz* kr. Vierteljahrsschr. XVI. S. 254; vergl. oben § 17.

[251]) Vergl. oben § 4.

und deshalb die utilis actio a. r. v. verliehen worden sei, in letzterem Falle somit eine „Ausdehnung des Privilegs bevormundeter Personen zu erblicken, welches sich nach dem früheren Rechte darauf beschränkte, dass die Handlung eines Ersatzmannes als die eines Stellvertreters behandelt wurde.“[252])

Es ergiebt sich vielmehr für uns aus der einheitlichen Interpretation beider Stellen ein einheitlicher Inhalt der die Gewährung der Klage ermöglichenden Fiktion, dahin gehend, dass der dolos für sich („sibi“) kaufende Pfleger als für den Pflegling handelnd, somit als dessen Stellvertreter betrachtet worden sei.

[252]) *Kindervater* a. a. O. S. 354. Vergl. auch *Schulin* a. a. O. S. 162.

IV. Capitel.

Folgerungen.

§ 20.

1. Richtung der Klage. Verjährung. Vererblichkeit.

I. Können die vom Pfleger mit Pfleglingsgeldern für sich („sibi") gekauften Sachen mit der utilis actio a. r. v. auch in dritte Hand verfolgt werden?

Je nach der verschiedenen Beurtheilung des Wesens dieser Klage wird auch diese Frage verschieden beantwortet.

Dernburg[253]) gesteht die utilis actio a. r. v. gegen dritte Besitzer, nicht aber gegen Singularsuccessoren zu; *Vangerow*[254]) zwar gegen dritte Erwerber und Universal- nicht aber Singular-successoren des Pflegers; *Fastenrath*[255]) und *Schulin*[256]) insbesondere nicht gegen Dritterwerber, bezw. berechtigte Besitzer.

Nachdem wir uns bereits gegen die Quelle derartiger Behauptungen, nämlich die verschiedenartigen Ansichten über die Natur und den Grund der vorwürfigen Klage oben gewendet, erscheint uns eine specielle Besprechung dieser selbst an und für sich nicht immer richtig gezogenen Consequenzen[257]) überflüssig.

---

[253]) *Dernburg* a. a. O. S. 326.

[254]) *Vangerow* a. a. O. S. 651.

[255]) *Fastenrath* a. a. O. S. 12.

[256]) *Schulin* a. a. O. S. 174—175.

[257]) Vergl. darüber oben § 16 mit Anm. 202.

Gegen *Ihering* dagegen, der die Nichterstreckbarkeit der rei vindicatio utilis überhaupt, somit auch unserer Klage gegen dritte Besitzer oder Singularsuccessoren zum Belege der obligatorischen Natur derselben nachzuweisen sucht, ist zu erinnern:

a) dass diese Beschränkung, wie *Ihering* selbst zugiebt, „in unseren Quellen nirgends ausdrücklich erwähnt wird;[258])

b) das von *Ihering* für die Nichterstreckbarkeit speciell der vorwürfigen Klage gegen Singularsuccessoren aus der l. 6. C. de servo pign. dato man. entnommene Argument, des Inhaltes, dass der Kaiser bei der Richtung der utilis actio a. r. v. gegen Singularsuccessoren den Impetranten nicht auf das Pfandrecht, sondern auf diese Klage hätte verweisen müssen,[259]) erscheint uns unstichhaltig. Es lässt sich zwar nicht mit *Windscheid* und *Kindervater*[260]) dagegen schlechthin einwenden, dass die l. 6 cit. sich auf die Zeit nach beendigter Vormundschaft gar nicht beziehe,[261]) obgleich allerdings diese Stelle die Freilassung von mit Mündelgeldern angeschafften Sklaven durch den Vormund bespricht; jene Nichtverweisung auf die utilis actio a. r. v. erklärt sich unserers Erachtens auch nicht sowohl mit *Kindervater* aus der Rescriptsnatur der Stelle, indem es dem Impetranten im vorliegenden Falle nur darauf angekommen sei, Gewissheit wegen seines Pfandrechtes zu erlangen[262]) oder aus der Titelrubrik de servo pignori dato manumisso,[263]) als vielmehr aus der an und für sich wohl möglichen

---

[258]) *Ihering* a. a. O. S. 161.

[259]) *Ihering* a. a. O. S. 166.

[260]) *Windscheid*: Die actio. S. 218. *Kindervater* a. a. O. S. 342.

[261]) Hiegegen vergl. *Fastenrath* a. a. O. S. 11. Anm. 22. — Mit Recht erklärt dagegen *Windscheid* (die actio. S. 218) die vorwürfige Klage erst mit beendigter Vormundschaft für „nata“; es spricht für diese Annahme sowohl der ganze Titel „quando ex facto tut. vel cur.,“ insbesondere aber l. 55 h. t. Dafür auch *Voodt* a. a. O. ad h. l. Dagegen *Ihering* a. a. O. S. 174: „Die Nativität der letzteren (rei v. util.) bestimmt sich ganz nach der der ersteren“ (pers. Klage).

[262]) *Kindervater* a. a. O. S. 342.

[263]) *Kindervater* a. a. O. S. 342.

Beziehung der Worte: de pecunia tua servos emtos auf einen dritten Käufer,[264]) für welchen Fall Kaiser *Alexander* schon mangels der Voraussetzung der Zuständigkeit der utilis actio a. r. v. in der Person des Käufers[265]) auf dieselbe nicht verweisen konnte; insbesondere aber aus dem Umstande, dass die utilis actio a. r. v. zur damaligen Zeit sich nur auf praedia und in concreto um so viel weniger auf servi erstreckte, als eine Zurückversetzung von rite Manumittirten in die Sklaverei im r. Rechte überhaupt unzulässig erschien.

Ist sonach der *Ihering*'schen Argumentation nicht beizupflichten, so spricht insbesondere noch für die gegentheilige Ansicht, d. i. für die Richtung der utilis actio a. r. v. gegen Singularsuccessoren des Pflegers, dritte Besitzer und Eigenthümer überhaupt[266]) vor Allem

1) die Quelle der Klage, das jus aequum; dasselbe bezweckte den Schutz des Pfleglingsvermögens; dieser bliebe aber bei obiger Beschränkung unerreichbar; im Gegentheile wäre damit einer dolosen Weiterveräusserung des Pflegers nur Vorschub geleistet.

Für die weitere Auffassung spricht insbesondere noch

2) die dingliche Natur der Klage;[267]) wie auch

3) die Bezeichnung derselben mit utilis actio ad rem vindicandam, d. i. eine auf die Sache schlechthin gerichtete Klage.

---

[264]) Vergl. oben § 9. IV. mit Anm. 120.

[265]) Vergl. oben § 2 u. § 5.

[266]) Mit Ausnahme der gutgläubigen Käufer, der Usucapionsbesitzer, und der durch Usucapion zum Eigenthume Gelangten, da diese sich ebenso gut auf das jus aequum berufen können. — Die bonae fidei emtores excipirt schon *Faber*, Jurispr. Pap. scient. XII. VI. XXXIII. S. 832. — *Pagenstecher* a. a. O. S. 25, verstattet unsere Klage „höchstens" dann gegen den Dritterwerber, „wenn derselbe entweder nichts zahlte oder in Kenntniss des eigenthümlichen Verhältnisses sich befand." *Waechter* P. § 143. S. 179, versagt die Klage gegen die Dritterwerber, wenn die Veräusserung vor der Wahl des Pfleglings geschah. Näheres über ein solches Wahlrecht überhaupt siehe unten § 23.

[267]) Vergl. auch *Sell* a. a. O. § 90. S. 347. § 93. S. 364. *Schmid*: Grundl. der Cession. II. § 33. S. 338; *Schmid*: Handb. § 15. S. 325.

4) Keineswegs ist, wie *Schmidt* annimmt[268]) mit der Erstreckung der utilis actio a. r. v. gegen dritte Käufer das Privilegium als eine Abweichung vom gemeinen Rechte über die Grenzen der Verwilligung hinaus erstreckt. Denn die ll. 2 u. 3 cc. weisen mit keinem Worte darauf hin, dass die Sache im Vermögen des Vormundes vorhanden sein müsse.[269])

II. Ebensowenig, als sonach die utilis actio a. r. v. mit dem Erlöschen der rei vindicatio directa in der Person des Erwerbers durch Eigenthumsaufgabe erlischt, verjährt dieselbe zugleich mit der Verjährung jener Klage. Denn für die besagte utilis actio a. r. v. ist das Eigenthumsrecht des Pflegers und die hieraus resultirende Eigenthumsklage bezw. deren Untergang durch Verjährung ganz irrelevant. Unsere Klage ist unabhängig von der direkten rei vindicatio des Pflegers und insbesondere keine cedirte rei vindicatio directa. Dagegen unterliegt sie als dingliche und speciell als utilisirte Eigenthumsklage den für die Verjährung solcher Klagen geltenden Bestimmungen, in analoger Weise.[270])

III. Als privilegium personae geht die utilis actio a. r. v. des Pfleglings zwar nicht aktiv auf seine Erben, als dingliche vermögensrechtliche Klage jedoch passiv auf die Erben des Erwerbers über.[271])

---

[268]) *Schmidt*: Von den Separatisten. II. § 53. S. 132.

[269]) A. M. *Pagenstecher* a. a. O. S. 25. Anm. 1: „unsere utilis r. v. setzt voraus, dass die Sache im Vermögen des Vormundes vorliegt." *Pagenstecher* bleibt aber den Beweis hiefür schuldig, ganz abgesehen davon, dass er unter gewissen Voraussetzungen die utilis actio a. r. v. gleichwohl gegen den Dritterwerber verstattet. (Vergl. oben Anm. 266.)

[270]) *Kindervater* a. a. O. S. 355: „Die rei v. u. wird daher ganz denselben Rechtsgrundsätzen unterliegen, wie die directa." Vergl. auch S. 364. Zu einem anderen Resultat gelangt *Ihering* in Folge seiner Theorie (a. a. O. S. 174): „Mit der persönlichen Klage ist auch die rei vind. u. verjährt."

[271]) Die Richtung der Klage gegen die Erben wird ausdrücklich anerkannt von *Vangerow* a. a. O. S. 651.

§ 21.

2. Beweisthema bei Erhebung der Klage.

1) Nachdem wir die *Ihering*'sche Theorie mit Bezug auf die vorwürfige Klage keineswegs gebilligt, vielmehr zu widerlegen versucht haben, kann der von diesem Rechtsgelehrten auf die „Existenz der Obligation" gestellte Beweissatz[272]) für uns nicht weiter in Betracht kommen.

Fraglich erscheint dagegen

2) ob der Kläger bei Erhebung der Klage einfach zu beweisen habe, dass die in Anspruch genommenen Grundstücke, (bezw. Mobilien) mit Pfleglingsgeldern angeschafft sind,[273]) oder ob zwar dem Erwerber und dessen Successoren, nicht aber dritten ihre Rechte nicht vom Erwerber ableitenden Personen gegenüber dieser Beweissatz ausreicht, und nicht vielmehr im letzteren Falle auch das Eigenthum des Verkäufers, d. i. des Auctor's des Erwerbenden vom Kläger bewiesen werden müsse.[274])

Nach unserem Dafürhalten kommt hier der Umstand in Betracht, dass die utilis actio a. r. v. auf der Thatsache des mit Pfleglingsgeldern vom Pfleger für sich („sibi") abgeschlossenen Kaufgeschäftes beruht. Von Relevanz für die Zuständigkeit dieser Klage ist somit ausschliesslich die Thatsache, dass in der beschriebenen Weise gekauft und dem Pflegling nicht selbst dadurch Eigenthum erworben worden ist; irrelevant ist, ob der Pfleger durch den Erwerb auch wirklich Eigenthümer geworden, sohin auch gleichgültig das Eigenthumsrecht des Auctor's des Erwerbenden.

Die für die rei vindicatio directa bezüglich der Beweisfrage

---

[272]) *Ihering* a. a. O. S. 173.

[273]) Dafür *Glück* Comm. B. 8. S. 159. 188, obschon dieser die Klage auf gesetzliches Eigenthum zurückführt (vergl. oben § 13).

[274]) Dafür *Vangerow* a. a. O. S. 651. *Gesterding* Pfdr. S. 313. *Wening-Ingenheim* Civilr. I. § 121. *Schmid*: Handb. § 15. S. 325—328. *Sell* a. a. O. S. 364.

geltenden Grundsätze finden zwar auf die vorwürfige Klage Anwendung, aber doch nur in analoger Weise.

Der Eigenthumskläger hat nun zwar im Bestreitungsfall das Eigenthum zu beweisen; es wurde jedoch schon vielfach in Abrede gestellt, dass zu diesem Beweise auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsvorgängers gehöre. [275])

Um so viel weniger darf von dem mit der utilis actio a. r. v. Klagenden eine derartige „probatio diabolica" gefordert werden, als dieser in allen Fällen nun sein fingirtes Eigenthumsrecht zu beweisen hat, dieses aber durch den Nachweis der die Fiktion ermöglichenden Momente, d. i. des in der beschriebenen Weise stattgehabten Kaufes erwiesen wird.

Es ist daher nicht einzusehen, wie die angeführten Schriftsteller in der Richtung gegen den Erwerber bezw. dessen Successoren den Kauf mit Pfleglingsgeldern, in der Richtung gegen dritte ihre Rechte nicht vom Erwerber ableitende Personen aber auch das Eigenthum des Auctor's des Erwerbers zum Beweise aussetzen können, nachdem es sich doch immer nur um verschiedene Anwendungsfälle einer und derselben Klage, nämlich der utilis actio a. r. v. handelt.

§ 22.

3. Erfolg der Klage.

Die utilis actio a. r. v. als die durch Fiktion nutzbar gemachte rei vindicatio ist wie jegliche [276]) utilis actio in ihren Wirkungen nach Analogie der vorbildlichen directa actio zu beurtheilen.

Der Erfolg der durchgeführten Klage kann demgemäss nicht, wie von Einzelnen [277]) auf Grund verschiedener Ansichten über die Natur derselben behauptet wird, im Eigenthumserwerbe für den Pflegling bestehen.

---

[275]) Näheres hierüber s. bei *Windscheid* P. 1. § 196. Anm. 3. *Arndts* P. § 166. Anm. 3. insbes. bei *Schmid* Handb. § 15. Anm. 145.

[276]) Vergl. *Arndts* P. § 100. Z. 2.

[277]) Vergl. *Schmid*: Handb. § 15. S. 273. *Ihering* a. a. O. S. 176. *Dernburg* a. a. O. S. 327.

Denn auch der Erfolg der durchgeführten rei vindicatio directa besteht nicht darin, dass nunmehr Eigenthum erworben wird; das Eigenthum ist die Grundlage für die Zuständigkeit der rei vindicatio directa; vielmehr darin, dass der Kläger in den Besitz der ihm vorenthaltenen Sache zur vollen, als rechtmässig anerkannten Ausübung seines Eigenthumsrechtes gelangt.

Per analogiam gestaltet sich der Erfolg der durchgeführten utilis actio a. r. v. dahin, dass der Pflegling in den Besitz der in der beschriebenen Weise erworbenen Sachen gelangt, um sie wie ein Eigenthümer zu gebrauchen, ohne selbst Eigenthümer zu sein.[278])

Ein der erfolgreichen Durchführung der angestellten Klage in Gestalt einer exceptio dominii, exceptio usus fructus, exceptio hypothecae entgegenstehendes Hinderniss wird der Pflegling unseres Erachtens in der Regel durch die replicatio doli in Gemässheit der ihm jure aequo verliehenen utilis actio a. r. v. beseitigen,[279]) aus dem gleichen Grunde die nach erfolgreich durchgeführter Klage etwa gegen ihn angestellte rei vindicatio directa, actio confessoria, hypothecaria mit der exceptio doli (generalis) zurückschlagen können.[280])

Die utilis actio a. r. v. hat somit „de facto" allerdings die Wirkung eines gesetzlichen Veräusserungsverbotes.[281]) De jure besteht das an den Grundstücken (bezw. Mobilien) eingeräumte Eigenthums- oder sonstige Recht zwar fort; dessen

---

[278]) Selbstverständlich kann aber der Pflegling durch die gewöhnlichen Eigenthumserwerbsarten (mit alleiniger Ausnahme der Usucapion, insolange es an der bona fides gebricht) an den mit seinem Gelde angeschafften Sachen Eigenthum erlangen.

[279]) A. M. insbes. *Schulin* a. a. O. S. 174—175; bezüglich der Ausnahmen vergl. oben § 20 mit Anm. 266.

[280]) Nicht dasselbe Recht steht jedoch den im Besitze jener Sachen befindlichen Erben oder Singularsuccessoren des mit der utilis actio a. r. v. in den Besitz derselben gelangten Pfleglings zu, da mit dem Tode bezw. der Veräusserung das Privilegium selbst erloschen ist.

[281]) Dieser Ansicht auch *Kindervater* a. a. O. S. 386. Dagegen *Ihering* a. a. O. S. 163.

Ausübung steht aber das fingirte Eigenthumsrecht des Pfleglings entgegen.

§ 23.

4. Verhältniss der utilis actio ad rem vindicandam zur actio hypothecaria des gesetzlichen Specialpfandrechtes.

Nach der herrschenden Lehre[282]) hat der Pupill im vorliegenden Falle die exclusive Wahl zwischen der Anstellung der utilis actio a. r. v., und der actio hypothecaria in Gemässheit des erwähnten gesetzlich ihm zustehenden Specialpfandrechtes. Dass dieses Pfandrecht auch auf unsern Fall Anwendung findet, haben wir bereits oben[283]) ausgeführt.

Die behauptete exclusive Wahl selbst anlangend hat nun aber *Ihering* unseres Erachtens mit vollstem Rechte geltend gemacht, dass die Quellen eine solche Wahl nicht vorschreiben.[284])

Die Worte der l. 3. C. arb. tutel:[285]) „elige utrum malis . . . . an" . . gewähren zwar anscheinend ein Argument für jene Beschränkung.

Allein bei näherer Betrachtung dieser Stelle ergiebt sich sofort, dass der Kaiser in diesem Rescripte den Impetranten nur über die Concurrenz von utilis actio a. r. v. und actio hypothecaria mit Bezug auf den vorliegenden Fall belehren wollte, und dass somit jenen Worten keineswegs eine exclusive Bedeutung beizumessen ist.

Ein ähnlicher Ausspruch findet sich in der l. 30. C. de jure dot. (5. 12), woselbst die Worte: „per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur" eine cumulative, keineswegs eine elective Concurrenz der beiden Klagen andeuten.[286])

---

[282]) Vergl. insbes. Müller a. a. O. cap. IV. Thes. IV. S. 28. *Carpzow* a. a. O. p. II. const. XI. def. 21. *Sintenis:* Pfandr. § 17. S. 111.

[283]) S. oben § 9. IV.

[284]) *Ihering* a. a. O. S. 156. *Fastenrath* a. a. O. §. 2. S. 13—14.

[285]) Nicht den geringsten Anhaltspunkt gewähren die ll. 6. 3 pr. 7 pr. cc.

[286]) Vergl. *Kindervater* a. a. O. S. 359—360.

Veranlasst wurde jene quellenmässig nicht nachweisbare Beschränkung unseres Erachtens hauptsächlich durch die nicht zu billigende sog. Eigenthumsansicht[287]) in Verbindung mit der an und für sich schon unhaltbaren,[288]) auf den vorliegenden Fall schlechterdings nicht[289]) anwendbaren Annahme, dass Eigenthumsrecht und priv. Pfandrecht nicht zugleich an einer Sache bestehen könnten.[290])

Auf Grundlage eben dieser Annahme lassen solche Juristen, welche an die durchgeführte utilis actio a. r. v. Eigenthumserwerb für den Pflegling knüpfen,[291]) mit demselben das Pfandrecht erlöschen.

Aus dem bisher Erörterten ergiebt sich, dass weder die Quellen noch sonstige Rechtsgrundsätze als für jene Beschränkung massgebend zu erachten sind. Gegen dieselbe spricht nach unserem Dafürhalten weit eher das der Gewährung des gesetzlichen Pfandrechtes sowohl als der utilis actio a. r. v. zu Grunde liegende Prinzip, den Schutz des Mündelvermögens möglichst zu verstärken und zugleich dessen Realisirung in der jeweils angemessensten Weise zu fördern.

Bei dieser Sachlage erscheint der mit der erfolgreich durchgeführten utilis actio a. r. v. in den Besitz jener Sachen gelangte Mündel unseres Erachtens zweifellos berechtigt, dritten an den gleichen Sachen berechtigten Pfandgläubigern mit der exceptio potioris pignoris seines gesetzlichen privilegirten Specialpfandrechtes zu begegnen; ebenso auch befugt, im Falle des Unterganges der nach durchgeführter utilis actio a. r. v. zum

---

[287]) S. oben § 13.

[288]) S. oben § 9. IV. mit Anm. 119.

[289]) Vergl. oben § 14. II. u. § 13. Z. 1—6.

[290]) *Müller* a. a. O. cap. IV. Thes. IV. S. 28: ,,qua electione verum quidem est, rem effici de dominio pupilli, ita ut non amplius hypothecam in ea habere possit.'' *Gesterding* Pfandrecht § 20. S. 139: ,,Nicht aber kann er'' (nämlich der Pupill) ,,Beides zugleich haben, Eigenthumsrecht und Pfandrecht, weil jenes als das stärkere dieses als das schwächere Recht überwältigen und zerstören würde.''

[291]) *Schmid*: Handb. § 15. S. 273. *Dernburg* a. a. O. S. 327. Vergl. dagegen oben § 22.

Besitz erhaltenen Sachen dieselben als blosse Pfandobjecte zu erklären und Erstattung des zum Ankaufe verwendeten Geldes mit der persönlichen Klage zu verlangen; hinwiederum aber auch berechtigt, eine bereits erhobene actio hypothecaria, beispielsweise bei eingetretener Preissteigerung der angeschafften Sachen, fallen zu lassen und mit der der Abfindungseinrede nicht unterliegenden utilis actio a. r. v. vorzugehen. —

§ 24.

5. Besondere Vorzüge der utilis actio ad rem vindicandam vor der actio hypothecaria des gesetzlichen Special- und General-Pfandrechtes.

I. Der utilis actio a. r. v. gebührt (abgesehen von dem eben bezüglich der Abfindungseinrede Bemerkten) schon um deswillen der Vorrang, weil sie jeglichem[292]) Pflegling zusteht, während die actio hypothecaria und zwar

a) in Gemässheit des gesetzlichen Specialpfandrechtes an der mit Mündelgut erkauften Sache nur für den Pupillen;[293])

b) in Gemässheit des seit *Constantin* gewährten gesetzlichen Generalpfandrechtes am Vermögen des Vormundes wegen mit der actio tutelae geltend zu machender Forderungen zwar für die Minderjährigen und Wahnsinnigen, keineswegs aber schlechthin für die unter Curatel Befindlichen verliehen ist.[294])

II. Es darf wohl keinem Zweifel unterliegen, dass unsere Klage, wie überhaupt, so auch bezüglich des Concurses nach den für die rei vindicatio directa geltenden Grundsätzen zu beurtheilen ist, d. h. dass sie dem Kläger auch im Concurse die bevorzugte Stellung eines Vindikanten gewährt.[295])

---

[292]) Vergl. oben § 2.

[293]) Vergl. oben § 9.

[294]) Vergl. *Meissner* a. a. O. § 115. S. 308. *Dernburg* a. a. O. S. 368—369.

[295]) Die utilis actio a. r. v. ist keineswegs ausschliesslich für den Fall der Insolvenz des Käufers verliehen (s. oben § 6), ist aber allerdings im Concurse von hauptsächlichster Bedeutung. Vergl. insbesondere dafür auch *Topp* a. a. O. § XVII. S. 14. *Rudorff* a. a. O. II. § 129. S. 325; zögernd: *Fastenrath* a. a. O. § 2. S. 14.

Die herrschende Meinung erkennt diese Eigenschaft der utilis rei vindicatio in den besagten Fällen, somit auch unserer utilis actio a. r. v. vollständig an;[296]) während Einzelne, so insbesondere *Fastenrath* und *Schulin* in an und für sich logischer Consequenz je einer uns allerdings unhaltbar erschienenen Ansicht über die Natur unserer Klage sich dazu nicht verstehen wollen.[297]) Eine eingehende Widerlegung dieser letzteren Auffassung erscheint uns nach bereits versuchter Widerlegung ihrer Ausgangspunkte überflüssig. Nicht unerwähnt kann jedoch bleiben, dass *Fastenrath* durch die der Natur der utilis actio a. r. v. als sog. „persönlicher Klage" entnommenen Bedenken gegen die behauptete Vindikantenstellung im Concurse zum Mindesten den Conflict zu vermeiden sucht, in welchen, wie bereits früher erwähnt,[298]) *Ihering* durch die gleiche Beurtheilung der Klage einer- und die Gewährung jener bevorzugten Lage an den damit Auftretenden im Concurse andererseits geräth.

Nachdem im r. R. die Pfandgläubiger gleich den Vindikanten auf den Concurs sich nicht einzulassen brauchten, sondern den Gegenstand ihres Anspruches zur abgesonderten Befriedigung aus der Masse ziehen konnten,[299]) war allerdings der Vortheil, den die Anstellung der utilis actio a. r. v. im Concurse bot, nicht so hoch anzuschlagen.

Von grosser Bedeutung war dagegen diese mit Anstellung unserer Klage verbundene bevorzugte Lage des Klägers im Concurse nach dem bisherigen g. Concursprocesse, in welchem in Abänderung des römischen Rechtes die Pfandgläubiger sich als Concursgläubiger an dem Concursverfahren zu betheiligen hatten.[300])

---

[296]) Vergl. z. B. *Schweppe* a. a. O. § 44. S. 74; insbesondere auch *Kindervater* a. a. O. S. 360—361.

[297]) *Fastenrath* a. a. O. § 11. S. 60. *Schulin* a. a. O. S. 175.

[298]) Vergl. oben § 18.

[299]) Vergl. oben § 14 mit Anm. 171.

[300]) Vergl. *Bayer* Concursprocess. § 18. n. III. *Schweppe* a. a. O. § 47. S. 79.

Nach der Concursordnung für das deutsche Reich sind die Pfandgläubiger zwar wieder besser gestellt, indem sie wiederum abgesonderte Befriedigung, aber doch nur dann beanspruchen können, wenn sie Faustpfandglaubiger[301]) oder denselben durch § 41 der Concursordnung gleichgestellt sind, oder insoweit sich ihr Pfandrecht auf „in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermogen" gehorende Gegenstände erstreckt.[302])

Das erwähnte gesetzliche Special- und Generalpfandrecht ist nun aber weder als Faustpfandrecht zu erachten, noch demselben durch § 41 der Concursordnung gleichgestellt, das Absonderungsrecht gemäss § 39 der Concursordnung aber im vorwürfigen Fall nicht schlechthin verstattet.

Dagegen ist durch § 35 der Concursordnung die mit Anstellung unserer Klage gemeinrechtlich verknupfte bevorzugte Vindikantenlage im Concurse schlechthin und vollständig gewahrt und aufrecht erhalten. —

§ 25.

Schlussbemerkung:

§ 38 der Concursordnung für das deutsche Reich.

In Gemässheit des § 38 der Concursordnung tritt bekanntlich im Falle einer vom Gemeinschuldner vor, vom Concursverwalter nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Veräusserung von der Aussonderung unterliegenden Gegenständen an die Stelle des bezüglich dieser begründeten Aussonderungsanspruches ein Anspruch auf Aussonderung der Forderung der noch ausstehenden Gegenleistung. Ist dagegen die Gegenleistung vom Concursverwalter nach der Concurseröffnung zur Concursmasse eingezogen worden, so figurirt der Aussonderungsberechtigte nunmehr bezüglich derselben als Massegläubiger.[303])

[301]) Conc. O. § 40.

[302]) Conc. O. § 39.

[303]) Vergl. *Sarwey*: Die Concursordnung für das deutsche Reich. ad § 38. *Petersen*: Die Concursordnung für das deutsche Reich. ad § 38.

Aus § 38 der Concursordnung in Anwendung auf den vorliegenden Fall ergiebt sich sonach, dass der Pflegling bei einer vom insolventen Pfleger vor, vom Concursverwalter nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Veräusserung der mit seinem Gelde angeschafften Grundstücke (bezw. Mobilien) sofort in Ansehung des noch ausstehenden pretium als Aussonderungsberechtigter, in Ansehung des zur Concursmasse eingezogenen als Massegläubiger aufzutreten im Stande ist.

Durch die Gewährung dieses neuen und oft[304]) sehr vortheilhaften Aussonderungs- bezw. Massegläubigerrechtes hat der Pflegling die Befugniss, die utilis actio a. r. v. anzustrengen, jedoch keineswegs verloren:[305]) durch § 38 der Concursordnung in seiner Anwendbarkeit auf den speciell vorliegenden Fall ist vielmehr nur in noch erhöhtem Maasse für die Sicherheit des Pupillarvermögens Sorge getragen.

---

[304]) Insbesondere dann, wenn bona fide gekauft worden ist; vergl. oben § 20 mit Anm. 266.

[305]) Vergl. Motive 185: „Die Befugnisse, welche das Civilrecht dem Berechtigten gewährt, die Sache von dem Dritten zu fordern, sollen weder eingeschränkt, noch erweitert werden."

Kgl. Hof- u. Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn in München.

sind ferner erschienen:

Amann, Julius, *Die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik*, geprüft an der sogen. Lex Gallus. X u. 220 S. gr. 8. 1878. Preis *M.* 4. 80.

Amira, Karl von, *Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren.* Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung. gr. 8. 1874. Preis *M.* 7. 60.

— — *Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung* nach den altniederdeutschen Rechten. gr. 8. 1874. Preis *M.* 4. 80.

— — *Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte.* Akademische Antrittsrede (15. December 1875). II u. 74 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 1. 60.

Brügger, Friedrich, *Ueber den Anspruch des Singularvermächtnissnehmers auf Früchte.* 45 S. gr. 8. 1877. Preis *M.* —. 80.

Bürkel, Heinrich, *Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch.* Inauguralschrift. 1864. Neuer unveränderter Abdruck nach dem Tode des Verfassers (3/III 1877). gr. 8. 1880. Preis *M.* 3. 60.

Gretener, Dr. Xaver, *Begünstigung und Hehlerei* in historisch-dogmatischer Darstellung. (VI) u. 188 S. gr. 8. 1879. Preis M. 3. 60.

Grueber, Dr. Erwin, *Versuch* einer Erklärung der L. 9 § 1 D. *de jure dotium.* gr. 8. 1874. Preis *M.* 1. —.

— — *Ueber den Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach römischem Rechte.* Eine historisch-dogmatische Abhandlung. gr. 8. 1875. Preis *M.* 1. 20.

Haiss, Wilhelm, *Traditio und investitura.* Ein rechtsgeschichtlicher Versuch. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. —.

Hellmann, Friedrich, *Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung.* gr. 8. 1874. Preis *M.* 1. 60.

— — *Das gemeine Erbrecht der Religiosen.* Ein historisch-dogmatischer Versuch. gr. 8. 1874. Preis *M.* 2.

— — *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften.* gr. 8. 1882. Preis *M.* 3. 60.

Holtzendorff, Franz von, *Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco* (früheren Fürstin Bauffremont). Ein Gutachten. Lex. 8. 1876. Preis *M.* —. 75.

Krieg, G., *Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt.* gr. 8. 1876. Preis *M.* 1. 20.

Lacher, G. A., Die Gemeindeordnung für die bayerischen Landestheile diesseits des Rheines vom 29. April 1869, mit Erläuterungen aus den Motiven des Gesetzentwurfes und den Kammerverhandlungen versehen. Zweite, nach dem Gesetze vom 19. Januar 1872 berichtigte Ausgabe. VIII u. 147 S. 8. 1873. Die erste Auflage erschien 1869. *M.* 1. 40.

— — Das Gesetz über die öffentliche Armen- und Krankenpflege vom 29. April 1869, mit Erläuterungen aus den Motiven des Gesetzentwurfes und den Kammerverhandlungen versehen. Zweite Aufl. VI u. 38 S. 8. 1873. Die erste Auflage erschien 1869. Preis *M.* —. 40.

Lacher, G. A., Das revidirte Gesetz über Heimat, Verehelichung u. Aufenthalt vom $\frac{16. \text{ April } 1868.}{28. \text{ Februar } 1872.}$ Mit Anmerkungen herausgegeben. VII u. 51 S. 8. 1872. Preis *M.* —. 40.

Lorenz, F. A., Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem deutschen Einführungsgesetze vom 31. Mai 1870. Unter Anschluß des im Bureau des Kgl. Preußischen Justizministeriums redigirten Sachregisters. Mit erläuternden Anmerkungen unter besonderer Rücksicht auf Bayern. X u. 386 S. 8. 1873. Preis *M.* 4. —.

— — Das Gesetz, den Vollzug der Einführung des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich in Bayern betreffend, vom 26. December 1871. Mit erläuternden Anmerkungen. (V u.) 239 S. 8. 1873. Preis *M.* 2. 40.

— — Das Polizeistrafgesetzbuch für Bayern vom 26. December 1871. Mit erläuternden Anmerkungen und den wichtigsten Vollzugsverordnungen und Instruktionen. XXII u. 330 S. 8. 1873. Preis *M.* 3. —

Lotmar, Philipp, *Ueber Causa im römischen Recht.* Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften. IX u. 179 S. gr. 8. 1875. Preis *M.* 4. —

— — *Zur legis actio sacramento in rem* Habilitationsschrift. VI u. 145 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. 80.

— — *Kritische Studien in Sachen der Contravindication.* (IV) u. 181 S. gr. 8. 1878. Preis *M.* 3. 60.

Obermeyer, Moritz, *Die Lehre von den Sachverständigen im Civilprocess nach dem bisherigen gemeinen Recht und nach der neueren Gesetzgebung, insbesondere der Civilprocessordnung für das deutsche Reich.* Von der juristischen Fakultät der Universität München gekrönte Preisschrift. gr. 8. 1880. Preis *M.* 4.

Roth, Paul von, Zur Lehre von der Genossenschaft. Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherren von Thüngen. IV u. 152 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 3. —

Stroell, Dr. Adolf, *Ueber die concursrechtliche Realsicherheit fundirter Geldpapiere.* Mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse. 60 S. gr. 8. 1877. Preis *M.* 1. —

Stupp, M., Sekretär der k. General-Bergwerks- und Salinen-Administration, Das Berggesetz für das Königreich Bayern vom 20. März 1869. Mit Erläuterungen. VIII u. 436 S. 8. 1879. Preis *M.* 8. —

Weveld, Adalbert Freiherr von, *Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Civilprocess.* gr. 8. 1877. Preis *M.* 1. 20.